Universiteit Leiden
The Netherlands

De notaris en private rechtspraak

Weststrate, H.W.R.

Citation
Weststrate, H. W. R. (2018, October 17). *De notaris en private rechtspraak*. *SIKS Dissertation Series*. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/66271

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/66271

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

Leiden University Repository

The handle http://hdl.handle.net/1887/66271 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Weststrate, H.W.R.
Title: De notaris en private rechtspraak
Issue Date: 2018-10-17

3 | DE NOTARIËLE AKTE

Het ambt van notaris is van alle tijden. [249] Huijgen wijst erop dat het woord “notaris” nog altijd naar de oorsprong en de kern van het huidige ambt van de beroepsbeoefenaar verwijst. “Notare” heeft immers in het Latijn als betekenis “optekenen”. De notaris is iemand die ten behoeve van zijn opdrachtgevers bepaald menselijk handelen op schrift stelt. Naar wordt aangenomen reiken de oudste wortels van het notariaat tot in de Egyptische en Romeinse oudheid.[250] In dit hoofdstuk beschrijven en analyseren wij het juridische kader van de notariële akte. In § 3.1 gaan wij in op de wettelijke bevoegdheid van de notaris om akten te passeren.[251] Het gaat om twee soorten akten. In § 3.2 behandelen wij de bewijskracht van de notariële akte in het algemeen. In § 3.3 gaan wij in op de bewijskracht van proces-verbaalakten. In § 3.4 bespreken wij de executoriale kracht van de notariële akte. In § 3.5 behandelen wij het arrest Rabobank/Visser. In § 3.6 vermelden wij vijf relevante bevindingen van dit hoofdstuk op een rij.

Dit alles resulteert in een nieuwe interpretatie van het juridische kader. Dat kader zal worden toegepast in hoofdstuk 4 en volgende hoofdstukken, waarin de onderzoeksvragen zullen worden behandeld.

3.1 WETTELIJKE BEVOEGDHEID, SOORTEN AKTEN, EN SAMENHANG BEWIJSKRACHT EN EXECUTABILITEIT

In deze paragraaf wordt de bevoegdheid van de notaris om akten te passeren door ons behandeld. In § 3.1.1 bespreken wij de algemene bevoegdheid van de notaris om akten te passeren. In § 3.1.2 gaan wij in op het vereiste van tenminste één opdrachtgever van de notaris. In § 3.1.3 worden zeven beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris om akten te passeren, behandeld. In § 3.1.4 trekken wij conclusies naar aanleiding van deze beperkingen. In § 3.1.5 analyseren wij de tekst van artikel 37 Wna, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen partij-akten en proces-verbaalakten. Dit is een kernbepaling voor het in de volgende subparagrafen nader te bespreken vraagstuk van een mogelijk onderscheid tussen de bewijskracht van enerzijds een partijverklaring in een door de partij zelf ondertekende partij-akte of door hem mede ondertekende proces-verbaalakte, en anderzijds een partijverklaring die door de notaris is waargenomen en vastgelegd in een uitsluitend door de notaris ondertekende proces-verbaalakte. In § 3.1.6 gaan wij in op de verschillen tussen de twee soorten akten. In § 3.1.7 noemen wij wettelijke voorbeelden van beide soorten akten. In § 3.1.8 wordt het primaat van de partij-akte in de praktijk beschreven. In § 3.1.9 gaat het om de keuze in de toepassing van de partij-akte en de proces-verbaalakte en de maatstaf die daarbij wordt gehanteerd. In § 3.1.10 beschouwen wij de samenhang tussen bewijskracht en executabiliteit.

249 Huijgen en Pleysier 2001, p. 1 e.v.; Melis/Waaijer 2012, p. 1 e.v.

250 Huijgen en Pleysier 2001, p. 1.

251 Het begrip “passeren” is een synoniem voor het wettelijke begrip “verlijden”, waarmee gedoeld wordt op de ondertekening van de notariële akte door de notaris, zie Huijgen 2001, p. 84.

3.1.1 De algemene bevoegdheid om akten te passeren

Artikel 156 lid 2 Rv definieert het begrip "authentieke akten" als volgt.

> *"Authentieke akten zijn akten in de vereiste vorm en bevoegdelijk opgemaakt door ambtenaren, aan wie bij of krachtens de wet is opgedragen op die wijze te doen blijken van door hen gedane waarnemingen of verrichtingen. Als authentieke akten worden tevens beschouwd de akten, waarvan het opmaken aan ambtenaren is voorbehouden, doch waarvan de wet het opmaken in bepaalde gevallen aan anderen dan ambtenaren opdraagt."*

In artikel 2 lid 1 Wna is de bevoegdheid van de notaris om ambtelijke werkzaamheden, zoals het passeren van akten, als volgt nader uitgewerkt.

> *"Het ambt van notaris houdt de bevoegdheid in om authentieke akten te verlijden in de gevallen waarin de wet dit aan hem opdraagt of een partij zulks van hem verlangt en andere in de wet aan hem opgedragen werkzaamheden te verrichten."*

Waaijer vermeldt in de 2012 bewerking van het standaardwerk van Melis een in het oog springend verschil tussen (i) het notarisambt en (ii) andere ambten. Bij andere ambten kunnen wij denken aan een ambtenaar van de burgerlijke stand en een gerechtsdeurwaarder. Op grond van artikel 2 Wna is de bevoegdheid van de notaris niet beperkt tot het opmaken van bepaalde, bij of krachtens de wet aangewezen authentieke akten. Zelfs indien de wet het opmaken van een akte niet specifiek aan de notaris opdraagt, is hij bevoegd authentieke akten op te maken. Voorwaarde is volgens Waaijer dan wel dat er een partij is, die dat van hem verlangt.[252]

De laatste opmerking van Waaijer is voor ons onderzoek relevant, omdat een analyse van de wettelijke regeling van het bindend advies (artikel 7:900 BW e.v.), van arbitrage (artikel 1020 e.v. Rv) en van de notariële wetgeving uitwijst, dat het waarnemen en vastleggen in een notariële akte van bindend-adviesprocedures en arbitrageprocedures niet bij wet aan de notaris wordt opgedragen.[253]

Dit betekent dat de mogelijke bevoegdheid van de notaris om akten te passeren in de context van private rechtspraak, dient te worden ontleend aan zijn bevoegdheid van algemene aard. De notaris zal genoemde taak uitsluitend vanuit zijn algemene bevoegdheid mogen vervullen. Voor het vastleggen van een bindend-adviesprocedure betekent dit het volgende. De notaris zal een akte mogen opmaken voor dit doel, indien en voor zover een (enkele) partij dat als opdrachtgever van hem verlangt.

252 Melis/Waaijer 2012, p. 26.

253 Dit geldt overigens ook voor de waarneming van een aandeelhoudersvergadering door een notaris.

3.1.2 De opdrachtgever van de notaris bij een proces-verbaalakte

Echter, wij vermelden dat andere auteurs de eis van een opdrachtgever relativeren en erop wijzen dat de notaris toch bevoegd kan zijn om een akte te passeren, wanneer er geen opdrachtgever is. Wij baseren ons daarbij bijvoorbeeld op het volgende citaat van Huijgen:[254]

> *"Men spreekt hier wel van "formele bewijskracht."*
> *"Wanneer men die stap genomen heeft, wordt, behoudens tegenbewijs, voor waar aangenomen alles wat de notaris heeft verklaard. Men spreekt hier wel van "materiële bewijskracht." Dat geldt voor al zijn door hem in de akte gerelateerde verrichtingen, dus ook voor de waarnemingen. Dus: wanneer de notaris waarneemt dat een over de Moerdijkbrug rijdende trein dertig "bakken" (dat wil zeggen wagons) telt, dan wordt die verklaring geacht waar te zijn tot het tegendeel wordt bewezen.*
> *"Ik laat daarbij in het midden of het gewenst is of een notaris zulk een akte opmaakt. Men zou verder kunnen stellen dat de notaris hier niet bevoegd is omdat, gelet op artikel 2, er geen "partij" is die het opmaken van de akte verlangt, en dat het opmaken van de akte buiten zijn bevoegdheid valt. Met [K.] Wiersma en Hidma neem ik aan dat een notaris niettemin een authentieke akte kan passeren indien de akte feiten relateert die met redelijke mate van zekerheid vatbaar zijn voor vaststelling, voor het constateren waarvan geen bijzondere deskundigheid is vereist en het feiten betreft waarvan het relateren past bij de ambtsbeoefening van de notaris. Ten aanzien van het laatste vereiste zou ik niet te restrictief zijn: in geval van twijfel is de notaris bevoegd."*

Huijgen vermeldt derhalve dat een notaris ook zonder een opdrachtgever een authentieke akte kan passeren.

Hoewel het standpunt van Huijgen ons verdedigbaar toeschijnt, indachtig de algemene wettelijke bevoegdheid van de notaris, nemen wij in ons onderzoek de opvatting van Waaijer tot uitgangspunt. Waaijer huldigt een aan Huijgen tegenovergestelde opvatting, namelijk dat bij een proces-verbaalakte, als wettelijke verschijningsvorm van de in § 3.1.1 genoemde authentieke akte, minimaal één partij als opdrachtgever van de notaris is vereist.[255] Wij stellen vast dat de opvatting van Waaijer zeer restrictief is. Wij zullen in ons onderzoek het verschil in opvattingen niet verder behandelen, eenvoudigweg omdat in de casus van ons onderzoek altijd sprake zal zijn van (minimaal) één opdrachtgever.

Wij maken derhalve met Waaijer onderscheid tussen (i) het vereiste van een opdrachtgever van de notaris en (ii) de hierna te bespreken door de notaris te controleren mogelijke beperkingen aan zijn bevoegdheid. Het vereiste van de opdrachtgever doet in onze benadering de bevoegdheid van de notaris ontstaan om een akte te passeren. Als gevolg van een beperking kan de notaris vervolgens voor zichzelf concluderen dat hij in het concrete geval (toch) niet bevoegd is om de akte te passeren.

---

254 Huijgen, Pleysier 2001, p. 85.

255 Sprenger van Eyk/Libourel 1928, p. 77; Hidma 1987, p. 165.

De personen die gelden als "object van waarneming" door de notaris behoeven in beginsel geen (mede)opdrachtgevers te zijn.[256] De vraag wie bij private rechtspraak (wel) zou kunnen kwalificeren als opdrachtgever, en op welke grondslag, wordt behandeld in § 4.2.

Artikel 2 Wna vereist niet dat uit de akte moet blijken wie de opdrachtgever is. De notaris zal in de regel de opdrachtgever willen vermelden in de akte. De vermelding van de opdrachtgever in de akte doet deze – behoudens tegenbewijs – ten opzichte van een ieder vaststaan op grond van de materiële bewijskracht van de akte.[257]

Terzijde merken wij op dat het Gerechtshof te Amsterdam in relatie tot de opdrachtgever het volgende heeft geoordeeld:[258]

> *"Anders dan de kamer in haar bestreden beslissing heeft geoordeeld handelt een notaris die door de rechter is aangewezen als notaris ten overstaan van wie de akte moet worden gepasseerd houdende het proces-verbaal van beschrijving van het vermogen (artikel 1:136 BW), niet in strijd met zijn geheimhoudingsplicht indien hij een afschrift van deze akte verstrekt aan de partij op wiens verzoek de beschrijving is bevolen. Deze partij is ingevolge de rechterlijke uitspraak immers rechtstreeks belanghebbende bij deze akte. Het bepaalde in artikel 49 Wna brengt voor de notaris zelfs de verplichting mee een afschrift van de akte te verstrekken aan deze partij."*

Hieruit volgt dat de opdrachtgever wordt gezien als rechtstreeks belanghebbende bij de procesverbaalakte. Echter, over de toezending van een afschrift van de akte aan de 'objecten van waarneming' en in hoeverre zij kwalificeren als rechtstreeks belanghebbenden, wordt in de uitspraak niets vermeld.

De conclusie op grond van § 3.1.1 en 3.1.2 is dat de notaris bevoegd is om buiten de in de wet geregelde gevallen voor vrijwel elke situatie een proces-verbaalakte te passeren, mits er sprake is van minimaal één opdrachtgever die zulks van hem verlangt.

3.1.3 Zeven beperkingen aan de bevoegdheid om akten te passeren

De bevoegdheid van de notaris om akten te passeren in de context van private rechtspraak wordt zoals wij hiervoor in § 3.1.1 hebben vastgesteld, gebaseerd op zijn bevoegdheid van algemene aard, maar er zijn duidelijke beperkingen. Hieronder noemen wij er zeven. De eerste beperking ziet op notariële akten in het algemeen en de overige zes beperkingen hebben betrekking op de proces-verbaalakte.

256 HR 20 juni 1913, *NJ* 1913, 790.

257 Hidma 1987, p. 164.

258 Hof Amsterdam (NOT) 24 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY7007.

De eerste beperking is dat de notaris zich dient te onthouden van het passeren van een notariële akte in het geval de wet het opmaken van authentieke akten exclusief voorbehoudt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand of de gerechtsdeurwaarder.[259] De notaris zal derhalve niet bevoegd zijn om een proces-verbaalakte te verlijden binnen de context van private rechtspraak, indien het opmaken ervan zou zijn voorbehouden aan een andere ambtenaar.

De tweede beperking is dat de waarnemingen die geen rechtshandelingen betreffen, wel een rechtsfeit-gehalte moeten hebben.[260] Zoals eerder opgemerkt in § 2.3.1 is een rechtsfeit een feit waaraan het objectieve recht een rechtsgevolg koppelt, zoals het ontstaan van een subjectief recht. De notariële akte wordt immers opgemaakt om bewijs te leveren van dergelijke ontstane rechtsgevolgen.

Een rechtsfeit kan ontstaan als gevolg van een menselijke handeling of als gevolg van een gebeurtenis met een gevolg (dat rechtens betekenis heeft: een rechtsgevolg). De rechtsfeiten zijn daarmee te onderscheiden in: (i) blote rechtsfeiten, (ii) rechtshandelingen en (iii) feitelijke handelingen. [261] Ad (i) Onder blote rechtsfeiten verstaan wij gebeurtenissen of handelingen die wel een rechtsgevolg hebben (en daarom dus ook een rechtsfeit zijn), maar die niet door menselijke handelingen zijn ontstaan. Als voorbeeld noemen wij het bereiken van de meerderjarige leeftijd. Ad (ii) Onder rechtshandelingen verstaan wij menselijke handelingen waarbij is beoogd om een rechtsgevolg te scheppen. Zie ook artikel 3:33 BW, dat luidt: "Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard." Als voorbeeld noemen wij het aanvaarden van een aanbod, waardoor een overeenkomst tot stand komt. Ad (iii) Onder feitelijke handelingen verstaan wij menselijke handelingen waarbij niet is beoogd om een rechtsgevolg te scheppen, maar waarbij dit toch is gebeurd. Als voorbeeld noemen wij de automobilist die per ongeluk tegen een geparkeerde auto rijdt en schade veroorzaakt.

De notaris zal vanwege de tweede beperking niet mogen overgaan tot het waarnemen van handelingen of feiten zonder rechtsgevolg. Dit betekent dat hij de opdracht waarschijnlijk niet zal aanvaarden om twee spelende kinderen enige tijd te observeren en zijn verslag van hun onderlinge spel in een proces-verbaalakte vast te leggen. Hoewel het onderlinge handelen van de kinderen zich als feiten lenen voor waarneming, is hun spel niet gericht op het creëren van rechtsgevolgen en zal in het algemeen het karakter van een rechtsfeit ontbreken.

De derde beperking is dat de notaris met een "redelijke mate van zekerheid" zijn waarneming moet kunnen vaststellen.[262] Dit leidt ons tot de vraag wat dient te worden verstaan onder een rede-

259 Melis/Waaijer 2012, p. 26; Asser Procesrecht/Asser 2013, nr. 259.

260 Hidma 1987, p. 165; Melis/Waaijer 2012, p. 166.

261 Deze onderverdeling sluit nauw aan bij de onderverdeling in (rechts)handelingen en andere feiten in Asser/Hartkamp&Sieburgh (6-III) 2014, p. 3-4.

262 Veegens-Wiersma 1988, p.138; Pitlo/Hidma 1995, p. 86; Huijgen, Pleysier 2001, p. 85; De Bruijn/Kraan 2012, p. 21; Melis/Waaijer 2012, p. 167.

lijke mate van zekerheid. Wij zien dat in het bewijsrecht dezelfde maatstaf is geformuleerd. Voor de vraag wat hieronder wordt verstaan meldt Rutgers[263], dat "*de benodigde mate van zekerheid zal verschillen al naargelang de gevolgen die de rechterlijke beslissing met zich meebrengt ingrijpender zijn. Is de burgerlijke rechter – blijkens art. 152 lid 2 Rv – vrij in de waardering van het bewijs en is in het civiele geding 'preponderance of evidence' voldoende, aan de strafrechter wordt – in artikel 338 Sv – een dubbele eis gesteld namelijk de overtuiging hebben bekomen op grond van wettige bewijsmiddelen; de feiten moeten 'beyond reasonable doubt' zijn komen vast te staan*". Voor de beantwoording van deze vraag zien wij in relatie tot het notarisambt twee aanwijzingen.[264] De eerste aanwijzing is dat de mate van zekerheid over de (juistheid van de) waarneming bepalend is voor de graad van nauwkeurigheid van de verslaglegging door de notaris en daarmee voor de juistheid van de inhoud van de akte. De notaris is ex artikel 17 lid 1 Wna gehouden tot de grootst mogelijke zorgvuldigheid. Strijdig met deze verplichting handelt de notaris, die een akte in het rechtsverkeer brengt, waarbij hij twijfelt aan de juistheid van de inhoud ervan. Het dienen van de rechtszekerheid wordt door Waaijer genoemd als één van de pijlers van het functioneren van het notariaat.[265] De tweede aanwijzing is af te leiden uit de door Van Velten geciteerde opmerking van A.G. Lubbers in de 1982 bewerking van het standaardwerk van Melis, die sprak van de notaris als "persfotograaf."[266] Dit begrip impliceert onzes inziens niet alleen dat de notaris zoveel mogelijk van zijn waarnemingen vastlegt, maar ook dat zijn verslag een hoge mate van nauwkeurigheid heeft. Wel wijzen wij hierbij op Santen, die vermeldt, dat het niet nodig is dat de notaris over het waargenomene nu ook in alle opzichten een waterdicht bewijs verschaft.[267] Het vorenstaande leidt ons tot de conclusie dat onder een redelijke mate van zekerheid moet worden verstaan dat de notaris niet twijfelt aan de juistheid van zijn waarnemingen. Wij menen dat de woorden een "grote mate van zekerheid" meer gepast zijn dan "een redelijke mate van zekerheid" en wij zullen hierna spreken van een grote mate van zekerheid.

De vierde beperking is dat bij de vastlegging van de waarnemingen (minimaal) een "redelijk civielrechtelijk belang" moet bestaan.[268] Er bestaat geen wettelijke definitie van een redelijk civielrechtelijk belang. De taalkundige betekenis van het begrip "belang" is: "iets dat iemand raakt doordat zijn voordeel ermee gemoeid is." Wij menen dat het belang samenhangt met de vraag naar de legitimiteit van de opdrachtgever van de notaris. De verwijzing naar een civielrechtelijk belang hangt onzes inziens samen met de eerdergenoemde beperking van een "rechtsfeit-gehalte" welke op het gebied van het burgerlijk recht moet liggen. De notaris zal in de concrete omstandigheden moeten vaststellen of hiervan sprake is. Een voorbeeld van de afwezigheid van een redelijk civielrechtelijk belang is de opdracht van de directie van een schouwburg aan de notaris, om een

263 Pitlo/Rugers en Krans 2014, p. 9.

264 Anders dan in het civiele bewijsrecht waar de 'aannemelijkheid' centraal staat, zie als voorbeeld conclusie Mr. Keus Parket bij HR 12 juni 2009, ECLI, NL BH9283.

265 Melis/Waaijer 2012, p. 17 e.v.

266 Van Velten 1987, p. 16; Melis/Dijk e.a. 1973, hoofdstuk 6.

267 Santen 1987, p. 163.

268 De Bruijn/Kraan 2012, p. 21.

toneelvoorstelling waar te nemen en vast te leggen. Voorshands valt niet in te zien dat met dit verzoek enig civielrechtelijk belang wordt gediend. Aan de vervolgvraag of er sprake is van een *redelijk* civielrechtelijk belang, komt de notaris niet toe.

De vijfde beperking is dat van de notaris geen specifieke deskundigheid mag worden vereist.[269] *"De notaris, die tevens architect is, is niet bevoegd zelf verklaringen af te leggen over de bouwkundige kwaliteiten van een gebouw"*, aldus Waaijer (zie § 3.1.2).

De zesde beperking is gelegen in het feit dat de notaris niet verbaliserend mag optreden, zoals een politieambtenaar dit wel doet.[270]Immers, niemand mag geconfronteerd worden met een executoriale titel (door afgifte van de grosse van een notariële akte), die volstrekt zonder zijn medeweten tot stand is gekomen.[271] Deze beperking geldt ook in het geval van een proces-verbaalakte waarin één opdrachtgever als bedoeld in artikel 2 Wna van de notaris het passeren van een akte heeft verlangd ten aanzien van rechtshandelingen van personen die door de notaris worden waargenomen. Deze personen gelden als "object van waarneming" door de notaris. Om die reden is het noodzakelijk om de reikwijdte van de bevoegdheid van de notaris tot het passeren van een proces-verbaalakte te beperken tot het relaas van de handelingen waarin partijen participeren.[272] Als wij het voorbeeld van een veiling tot uitgangspunt nemen, dan wordt dit verduidelijkt. Het participeren bij een veiling bestaat uit actieve handelingen van een persoon, te weten dat hij zelf het initiatief neemt om een veiling te bezoeken en op de veiling een bod te doen, in de wetenschap dat hij als object van waarneming door de notaris zal worden gadegeslagen. Hidma wijst daarbij op het feit dat de bezoekers bekend zijn met het feit dat de notaris ter plekke waarneemt en na afloop vastlegt, door de veilingvoorwaarden die vooraf bekend gemaakt zijn. [273]

> *"Echter, indien aan die beperkende voorwaarde is voldaan, dan participeren de partijen met de wetenschap dat de notaris gereed zit om hun verklaringen te relateren. Dan moeten zij op hun woorden passen, want, eens geuit, kunnen zij die niet terugnemen."*

De zevende beperking is dat de status van het ambt niet al te zeer in het gedrang mag komen.[274] Santen meent, dat het notariaat moet voorzien in de maatschappelijke behoefte van de proces-verbaalakte en hij wijst erop dat de samenleving is gediend met een serieuze professionele waarnemer en notulist. Hij voegt daaraan toe dat deze tegelijkertijd een ordelijke gang van zaken moet bewaken, omdat de status van het ambt niet al te zeer in het gedrang mag komen. Om die reden meent hij dat een notaris bij een proces-verbaalakte zich dat deel van de regie moet voorbehouden, dat benodigd is om zijn taak zinvol uit te voeren. "*Wie zich die regie laat ontglippen,*

269 Melis/Waaijer 2012, p. 163.
270 Hidma 1987, p. 165.
271 Hidma 1987, p. 165; Eggens 1926.
272 Eggens 1926; Hidma 1987, p. 165.
273 Sprenger van Eyk/Libourel 1928, p. 77; Hidma 1987, p. 165.
274 Santen 1987, p. 163.

degradeert zichzelf, knoeit met de kwaliteit en pleegt in zijn optiek oneerlijke concurrentie." aldus Santen. Hiermee geeft Santen onzes inziens mede invulling aan de eis van onafhankelijkheid, gesteld in artikel 17 lid 1 en 2 Wna.

> "*1. De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.*
> "*2. De notaris mag zijn ambt niet uitoefenen in dienstbetrekking of in enig ander verband waardoor zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid wordt of kan worden beïnvloed.*"

3.1.4 Conclusies over de zeven beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris

Wij mogen op grond van het vorenstaande samenvattend concluderen, (i) dat de notaris weliswaar een algemene bevoegdheid heeft tot het passeren van akten (zie § 3.1.1), en (ii) derhalve ook van akten in de context van private rechtspraak, mits er ten minste één opdrachtgever is die de notaris hierom verzoekt (zie § 3.1.2), maar (iii) dat de notaris daarbij wel moet controleren of zijn bevoegdheid in een concreet geval niet wordt beperkt (zie § 3.1.3). Wij hebben hiervoor zeven beperkingen van de algemene wettelijke bevoegdheid van de notaris onderzocht. Voor elk van de zeven beperkingen is onze eerste indruk dat de bewuste beperking een algemene bevoegdheid tot het passeren van proces-verbaalakten binnen private rechtspraak niet op voorhand in de weg staat (zie § 3.1.3). Wij zullen in § 4.3 deze beperkingen nader onderzoeken in het kader van een gerechtelijke procedure ten overstaan van een privaat gerecht.

3.1.5 Artikel 37 Wna: partij-akten en proces-verbaalakten

De wet onderscheidt in artikel 37 Wna twee soorten notariële akte, te weten partij-akten en proces-verbaalakten. Dit artikel is het eerste artikel van Titel V, dat ziet op "*akten, minuten, grossen en afschriften*" en luidt als volgt.

> "*1. Notariële akten kunnen zijn partij-akten of proces-verbaalakten. Partij-akten bevatten waarnemingen van de notaris, verklaringen van partijen en eventueel bevestigingen daarvan door getuigen. Proces-verbaalakten bevatten slechts waarnemingen van de notaris en eventueel bevestigingen daarvan door getuigen.*
> "*2. Partij-akten komen tot stand door ondertekening van de akte door de partijen, de notaris en de eventuele getuigen. Proces-verbaalakten komen tot stand door ondertekening van de akte door de notaris en de eventuele getuigen.*
> "*3. Is een proces-verbaalakte ten bewijze van instemming mede ondertekend door een of meer bij de inhoud belanghebbende personen, dan geldt die akte te hunnen opzichte tevens als partij-akte voor wat betreft de bewijskracht van de daarin vermelde waarnemingen van de notaris.*"

De conclusie is dat de wet twee soorten akten onderscheidt, te weten de partij-akte en de proces-verbaalakte (artikel 37 lid 1 Wna).

3.1.6 Drie evidente verschillen tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte

Er zijn drie evidente verschillen tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte, te weten (i) een verschil in inhoud, (ii) een verschil in de aanwezigheid van partijen, en (iii) een verschil in het opdrachtgeverschap. Zij worden hierna kort besproken.[275]

Het eerste verschil ziet op de inhoud van de akte. De partij-akte bevat waarnemingen van de notaris, verklaringen van partijen, en eventueel bevestigingen door getuigen. De proces-verbaalakte bevat echter uitsluitend waarnemingen van de notaris, en eventueel bevestigingen door getuigen.

Het tweede verschil is een verschil in de aanwezigheid van partijen. De partij-akte wordt gepasseerd door de notaris in aanwezigheid van de partijen. Bij een partij-akte is naast de handtekening van de notaris, ook de handtekening van de partijen noodzakelijk. Ondertekenen zij de akte niet, dan mist de partij-akte authenticiteit. De proces-verbaalakte kan worden gepasseerd zonder dat de partijen aanwezig zijn. De proces-verbaalakte heeft authenticiteit op grond van de enkele ondertekening door de notaris. Dit geldt ook indien in de proces-verbaalakte partijverklaringen zijn opgenomen, waarom betrokkenen niet hebben verzocht. De authenticiteit bestaat ook indien betrokkenen de akte niet willen of kunnen ondertekenen.[276]

Het derde verschil is een verschil in opdrachtgeverschap. Elke partij bij de partij-akte kwalificeert als opdrachtgever van de notaris, en deze partij dient bij het passeren van de akte aanwezig (of vertegenwoordigd) te zijn. Daarentegen kan de notaris de proces-verbaalakte passeren op verzoek van één opdrachtgever.[277] Deze opdrachtgever behoeft vervolgens niet aanwezig te zijn bij het passeren van de akte.[278] Daarbij kan de opdrachtgever een andere zijn dan de partij wier verklaring is waargenomen en wordt vastgelegd in de akte. Hidma wijst er daarbij expliciet op, dat de notaris bevoegd is een proces-verbaalakte te passeren betreffende zijn waarnemingen ten aanzien van een persoon die hem dat niet verzocht heeft (artikel 2 Wna).[279] Ook Huijgen merkt dit op.[280] Hij vermeldt het volgende.

> *"In de tweede plaats zou men kunnen betogen dat, nu niet uit de akte blijkt dat comparanten van de notaris het opmaken van de akte hebben verlangd, niet vaststaat dat de notaris binnen de kring van zijn bevoegdheden als bedoeld in artikel 2 is gebleven. Men kan daarbij denken aan het notariële proces-verbaal van een vergadering, waarbij wel het bestuur, maar niet de deelnemers aan het ter vergadering behandelde de notaris opdracht hebben gegeven. Men zou ook kunnen denken aan de berucht moeilijke problematiek van artikel 31 van de oude wet: het notariële relaas van een openbare veiling dat niet door de "mijner" is getekend.*

275 Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 122-125.
276 Kraan 1987, p. 173 e.v.; Hidma 1987, p. 165; Buijn 1987, p. 171 e.v.; Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 122-125.
277 Of zelfs zonder opdrachtgever. Zie voor het gesignaleerde verschil in opvattingen op dit punt in § 2.1.2
278 Bleeker 1938, p. 301-303.
279 Hidma 1987, p. 165.
280 Huijgen, Pleysier 2001, p. 89.

> *"De wet lost die problematiek in zoverre op dat artikel 37 lid 2 kennelijk een proces-verbaalakte als authentiek erkent zonder dat het nodig is dat uit het feit van hun handtekening blijkt dat de deelnemers aan de vergadering of de "mijners" bij de veiling de notaris daarom verzocht hebben, althans zich bij dat verzoek aansluiten. Hier zien wij dus een afwijking van artikel 2 waar de authenticiteit van de akte afhangt van de vraag of "een partij zulks van hem verlangt."*

Met deze laatste opmerking zal Huijgen de partij op het oog hebben, wier verklaring door de notaris is waargenomen en vastgelegd in de akte. Het passeren van de akte zal de notaris doen op verzoek van minimaal één opdrachtgever, die dus een andere kan zijn dan de personen die als object van waarneming gelden.
Dit leidt ons tot de conclusie dat de notaris ook bevoegd is om de proces-verbaalakte te passeren, zelfs indien de betrokkenen zelf in het geheel *niet* willen dat de notaris zijn waarnemingen in de proces-verbaalakte vastlegt (wel dient de betrokkene vooraf geïnformeerd te zijn over *het feit dat* de notaris gereed zat om zijn waarnemingen vast te leggen; zie over die wetenschap de zesde beperking in § 3.1.3). De notaris die de opdracht had aanvaard, behoeft zich in de wil van de waargenomen personen niet eens te verdiepen. De akte zal door de enkele ondertekening van de notaris authenticiteit hebben.

De conclusie is dat er tenminste drie grote verschillen zijn tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte. Het betreft een verschil (i) in de inhoud, (ii) in de aanwezigheid van partijen, en (iii) in opdrachtgeverschap.

Met name de observatie dat de proces-verbaalakte authenticiteit heeft door de enkele ondertekening door de notaris zonder dat de aanwezigheid van de partijen is vereist (artikel 37 lid 2 Wna), dus dat de notaris de akte onafhankelijk van de wil van partijen kan verlijden, heeft relevantie voor ons onderzoek. De relevantie van die observatie is gelegen in de toepassing ervan. Het feit dat de notaris een proces-verbaalakte kan passeren van hetgeen hij waarneemt, bijvoorbeeld op een veiling of een aandeelhoudersvergadering, zonder dat de akte behoeft te worden mede ondertekend door de bezoekers van de veiling, respectievelijk de aanwezige aandeelhouders, geeft de proces-verbaalakte een eigen dynamiek.

De letterlijke tekst van artikel 37 lid 1 Wna sluit niet uit dat voor vastlegging in de akte ook eventuele door de notaris waargenomen verklaringen van partijen in aanmerking komen. Deze waarneming van verklaringen zal vaak een visuele en auditieve waarneming zijn. Deze constatering leidt tot een vraagstuk in relatie tot de bewijskracht ex artikel 37 lid 3 Wna. Het gaat daarbij in de kern om de vraag of er een verschil is in bewijskracht in geval van een door de notaris waargenomen partijverklaring, die is vastgelegd in een proces-verbaalakte, in het geval de akte wel of niet is mede ondertekend door de betreffende partij. De letterlijke tekst van art. 37 lid 3 Wna lijkt in de richting van een verschil in bewijskracht te duiden. Deze dynamiek verdient verder onderzoek in het kader van de beantwoording van onze probleemstelling. Wij zullen dit

hierna nader onderzoeken en verwijzen daarvoor in het bijzonder naar § 3.2.1, 3.2.6, 3.3.9 en 3.3.10. Daarbij zullen wij ook ingaan op artikel 157 lid 1 en lid 2 Rv.

3.1.7 Voorbeelden van beide soorten notariële akten

Een voorbeeld van een in de wet genoemde partij-akte is te vinden in artikel 3:260 BW (de hypotheekakte). Een voorbeeld van een partij-akte op verzoek van partijen, is de situatie waarin een onderhandse geldlening op verzoek van de crediteur en de debiteur door de notaris wordt vastgelegd in een notariële akte.
Voorbeelden van een proces-verbaalakte zijn in de wet te vinden in artikel 50 lid 2 Wna (het proces-verbaal van een openbare verkoping) en in artikel 52 lid 1 Wna (het proces-verbaal van eedsaflegging). De wet bevat geen limitatieve opsomming van alle mogelijke soorten proces-verbaalakten. Volgens Waaijer zou dat ook onmogelijk zijn, omdat de praktijk te kleurrijk is om alle mogelijke voorbeelden van een proces-verbaalakte te noemen.[281]

De wet bevat derhalve van beide soorten akten voorbeelden, maar daarnaast kunnen partijen voor vrijwel elke situatie de notaris verzoeken om vastlegging in een notariële akte.

3.1.8 Het primaat van de partij-akte in de praktijk

Vanwege het belang van de partij-akte in de notariële praktijk om redenen van de bewijskracht en de executoriale kracht, is de aandacht binnen het notariaat bij het traditionele gebruik primair gericht geweest op de partij-akte. Het belang van de proces-verbaalakte is in de praktijk veel beperkter geweest, zoals blijkt uit de inleiding van de redactie van het tijdschrift WPNR in 1987. [282]

> *"In de notariële praktijk speelt het proces-verbaal een bescheiden rol. Het akten-beeld wordt bepaald door verklaringen van comparanten. Het zuivere proces-verbaal bevat slechts verklaringen van de notaris. De notariële proces-verbaalakte heeft in de moderne rechtsliteratuur weinig aandacht ondervonden. Mede daarom besloot de redactie van het WPNR een themanummer te wijden aan deze akte-soort. Vooral de praktijk zou daarin moeten doorklinken. De redactie hoopt in haar opzet te zijn geslaagd."*

Deze opmerkingen van de redactie zijn 30 jaar later nog steeds actueel.

3.1.9 De maatstaf voor het bepalen van het type akte

Kraan heeft een maatstaf geformuleerd aan de hand waarvan kan worden bepaald of in een gegeven situatie een partij-akte geboden is, of dat een notaris bevoegd is om een proces-verbaalakte te passeren.[283]

281 Melis/Waaijer 2012, p. 166.
282 Inleiding van de redactie bij het themanummer WPNR De Proces-verbaalakte 5822 (1987), p. 161.
283 Kraan 1987, p. 174.

> *"Van een partij-akte is sprake wanneer de notaris in zijn akte een persoon (of meerdere personen) aan het woord laat en de akte alleen tot stand kan komen wanneer die persoon, blijkens zijn ondertekening (of blijkens de door de notaris gerelateerde verklaring van die persoon dat hij tot ondertekening bereid maar niet in staat is) de inhoud van zijn door de notaris neergeschreven verklaring voor zijn rekening wil nemen. (…)*
> *"Het belang van het proces-verbaal karakter schuilt dan – vooraf – in de mogelijkheid om de akte ook als authentieke akte tot stand te brengen wanneer een partij een verklaring niet ondertekent omdat hij dit niet wil of b.v. door overlijden, niet meer kan. (…)*
> *"Wij zien dit ook bevestigd in artikel 31 van de Notariswet volgens welk artikel een akte ook kracht van authentiek geschrift kan verkrijgen wanneer bepaalde personen weigeren hun naam te tekenen of zich voor het einde van de akte verwijderd hebben en uit dien hoofde niet ondertekenen, mits het maar gaat om een akte die niet (uitsluitend) wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van een verschijnende persoon, hetgeen dan genoemd wordt: een proces-verbaalakte."*

Wij wijzen erop dat op grond van deze criteria een proces-verbaalakte geen instrument mag zijn om aan de comparitie van partijen te ontsnappen. Wij leiden dit af uit de opmerking, dat indien een akte (uitsluitend) wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van een verschijnend persoon, een partij-akte moet worden verleden.

Het testament moet derhalve een partij-akte zijn, omdat een testament nu juist bij uitstek wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van een verschijnend persoon. Het gaat daarbij vooral om de uit zijn verklaring blijkende partijwil om nieuwe, onverplichte rechtshandelingen aan te gaan en bewijs daarvan tegen zichzelf te scheppen. De notariële vastlegging van de onderhandse geldlening gebeurt in een partij-akte, omdat ook deze akte wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van de debiteur dat hij een geldsom is verschuldigd. De notaris zal, in het geval slechts de crediteur als gevolmachtigde verschijnt, op zijn verklaring over het bestaan van een mondeling aan hem al verstrekte volmacht door de debiteur niet zonder meer mogen afgaan.[284] De notaris heeft in dat geval het verstrekken van de volmacht door de debiteur aan de crediteur niet zelf waargenomen.[285] Voor de vestiging van een hypotheekrecht is een partij-akte geboden, omdat de akte wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van de hypotheekgever, maar ook omdat de wet een partij-akte vereist (artikel 3:260 BW).

Bij processen-verbaal gaat het om het verslag van "gebeurtenissen" of "evenementen" die korter of langer duren: minuten (het vaststellen van de inhoud van een kluisje), uren (een aandeelhoudersvergadering), dagen (een meerdaagse veiling van roerende goederen) of weken (een gerechtelijke procedure). Daarvan wordt de akte opgemaakt om de waarnemingen van de notaris vast te leggen.

284 HR 1 juni 1984, *NJ* 1984, 630.
285 Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 126.

3.1.10 De samenhang tussen bewijskracht en executabiliteit

De executoriale kracht van de notariële akte is nauw verbonden met de bewijskracht.

De Bruijn betoogt dat de executoriale kracht en de bewijskracht ten nauwste met elkaar verbonden zijn. De betrouwbaarheid van de authentieke akte, haar veronderstelde echtheid en de daarop gebaseerde bewijskracht hebben ongetwijfeld de wetgever bewogen tot het opstellen van de bepaling van artikel 436 (oud) Rv (thans artikel 430 Rv), aldus De Bruijn.[286] Daarom maakt hij geen onderscheid tussen de executoriale kracht van de partij-akte en van de proces-verbaalakte. De wet maakt zoals blijkt uit de tekst van artikel 430 Rv en artikel 50 Wna dat onderscheid evenmin. In § 3.2 en 3.3 behandelen wij de bewijskracht van de notariële akte en in § 3.4 de executoriale kracht.

3.2 DE ALGEMENE LEER VAN DE BEWIJSKRACHT VAN DE NOTARIËLE AKTE

In deze paragraaf behandelen wij eerst de bewijskracht van de notariële akte en in het bijzonder van de notariële proces-verbaalakte. In § 3.2.1 gaan wij in op de dwingende bewijskracht van de authentieke akte in het algemeen. In § 3.2.2 zetten wij de ontwikkeling van de leer van bewijskracht van de notariële akte uiteen. Het gaat daarbij in de kern om een mogelijk onderscheid tussen de bewijskracht van enerzijds een partijverklaring in een door de partij zelf ondertekende partij-akte of door hem mede ondertekende proces-verbaalakte, en anderzijds een partijverklaring die door de notaris is waargenomen en vastgelegd in een uitsluitend door de notaris ondertekende proces-verbaalakte.

3.2.1 De dwingende bewijskracht van authentieke akten ex artikel 157 Rv

De dwingende bewijskracht van de notariële akte volgt uit artikel 157 Rv, dat luidt:

> *"1. Authentieke akten leveren tegen een ieder dwingend bewijs op van hetgeen de ambtenaar binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen en verrichtingen heeft verklaard.*
>
> *"2. Een authentieke of onderhandse akte levert ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van die verklaring, tenzij dit zou kunnen leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Onder partij wordt begrepen de rechtverkrijgende onder algemene of bijzondere titel, voor zover het desbetreffende recht is verkregen na het opmaken van de akte."*

De bijzondere geloofwaardigheid die de wet aan de ambtenaar toekent, brengt mee dat zijn verklaring binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen en verrichtingen (artikel 157 lid 1 Rv), behoudens bewijs dat het anders is, voor waar wordt gehouden tegenover iedereen.[287]

286 De Bruijn 1960, p. 35-35.

287 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 87 e.v.; Snijders, Klaassen en Meijer 2011, p. 231; Asser Procesrecht/Asser 2013 (3), nr. 259 e.v.

Wat dat tegenbewijs betreft geldt het volgende. Het tegendeel van de inhoud van de akte behoeft niet te worden bewezen, maar het is voldoende vast te stellen, dat door het tegenbewijs zo veel twijfel wordt gezaaid bij de rechter dat deze niet (langer) vermoedt dat de met de akte te bewijzen stellingen juist zijn. Dit is als volgt beschreven door Klaassen:[288]

> *"Dat tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van een verklaring in een akte door alle middelen kan worden geleverd, hetgeen tevens impliceert dat in dit verband het tegendeel van hetgeen in de akte is verklaard niet behoeft te worden bewezen, maar voldoende is dat dit tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. Immers, als tegenbewijs kan worden geleverd door middel van een vermoeden, betekent dit dat tegenbewijs kan worden geleverd door feiten die niet met zekerheid zijn komen vast te staan, maar door de rechter wel aannemelijk worden geacht."*

De dwingende materiële bewijskracht van de ambtenaarsverklaring reikt hiermee verder dan die van de onderhandse akte. Bij de onderhandse akte is de materiële bewijskracht terug te voeren op het uitgangspunt dat iemand door ondertekening mede te kennen geeft dat hij hieraan wil worden gehouden door iemand tegenover wie de inhoud van de verklaring als waar geldt. Hij schept hierdoor bewijs tegen zichzelf, maar uitsluitend in relatie tot de andere partij (artikel 157 lid 2 Rv).

In een procedure is de rechter verplicht de inhoud van een authentieke akte als waar aan te nemen (artikel 151 lid 1 Rv). Uiteraard blijft het toegestaan dat er tegenbewijs wordt geleverd (artikel 151 lid 2 Rv).[289]

De partij-akte en de proces-verbaalakte hebben dwingende materiële bewijskracht op grond van de wet.

3.2.2 Formele en materiële bewijskracht van de notariële akte in historisch perspectief

Tot 1900 beschouwde de doctrine iedere authentieke akte als proces-verbaal; deze bevatte slechts het relaas van de ambtenaar. Ook de akte die vandaag de dag partij-akte wordt genoemd, bewees volgens de zogenaamde "formele bewijsleer" slechts dat de verschenen personen ten overstaan van de notaris bepaalde verklaringen hadden afgelegd. In deze opvatting ging het dus om mondelinge verklaringen aan de ambtenaar; de ondertekening door partijen was niet meer dan een blijk van instemming met het opgemaakte verslag. De vraag of de akte tussen partijen bewijs opleverde – in de zin van: stemt de inhoud van de verklaring met de waarheid overeen (bijvoorbeeld: bewijst de kwitantie dat er betaald is) – werd door deze leer uitsluitend gezien als een vraag van materieel recht. De oorzaak van deze toenmalige opvatting lag in de beperking die de 19^{e} eeuwse theorieën over het bewijsrecht met zich meebrachten, namelijk dat alleen voor bewijs vatbaar was, wat waarneembaar was met de zintuigen (zodat uit een akte geen ander bewijs te putten zou zijn

288 Zie C.J.M. Klaassen in de noot bij HR 16 maart 2007, *NJ* 2008, 219.
289 Melis/Waaijer 2012, p. 161.

dan *dat* iemand iets heeft verklaard, maar nooit dat het ook waar is *wat* hij heeft verklaard). Men nam dus aan dat een akte het feit van de verklaring bewijst, maar dat zij bewijsrechtelijk niets zou betekenen ten aanzien van de waarheid van die verklaring.[290]

Volgens Hidma is de materiële bewijskracht van de authentieke akte echter altijd de kern geweest. Hij noemt het op het eerste gezicht verwonderlijk, dat het zo lang heeft geduurd, tot begin 20e eeuw, tot men tot het inzicht kwam dat de wetsbepalingen die de bewijskracht van de akte behandelden, de materiële bewijskracht regelden.[291] De desbetreffende wetsbepalingen die destijds de bewijskracht regelden waren artikel 1907-1912 (oud) BW. De commentatoren van destijds lazen in deze – volgens Hidma: ongelukkig geredigeerde – artikelen slechts de formele bewijskracht en ontkenden dat een akte materiële bewijskracht had. [292]

> *"De toenmalige wet sprak daar immers niet over! Men leerde dan dat een akte het feit van de verklaring bewijst doch dat zij bewijsrechtelijk niets betekent ten aanzien van de waarheid van die verklaring. Alleen aan de ambtenaarsverklaring werd materiële bewijskracht toegekend.*
> *"Dit nu is een resultaat dat zichzelf veroordeelt. Wie een akte ondertekent, bedoelt daarmee – zoals hiervoor werd betoogd – wel degelijk in te staan voor de waarheid van zijn verklaring. Hij realiseert zich heel goed dat het niet aangaat later simpelweg te betogen dat dit niets zegt omtrent de vraag of de inhoud van die verklaring met de waarheid in overeenstemming is."*

Pas in 1904 verdedigde Moltzer voor het eerst met een beroep op het toenmalige artikel 31 Wn (nu artikel 37 Wna) het onderscheid tussen proces-verbaalakten en partij-akten.[293] Zijn denkbeelden waren een doorbraak. Aangetoond werd namelijk dat artikel 1907 e.v. (oud) BW de materiële bewijskracht van de akte behandelde. Voor de partij-akte betekent dit dat de juistheid van de in die akte vervatte partijverklaring – er is betaald – behoudens tegenbewijs (verplicht volledig) vaststaat ten laste van degene die de verklaring heeft afgelegd en ten gunste van degene voor wie dit geschiedde. De ondertekenaar beoogt tegen zichzelf bij voorbaat bewijs te scheppen: een *preuve préconstituée*. Deze opvatting werd communis opinio.[294]

Voor de proces-verbaalakte wordt in het algemeen aangenomen dat de materiële bewijskracht zich uitstrekt over alle waarnemingen van de notaris met een "rechtsfeitgehalte". Er geldt dat het relateren aansluit op de reguliere ambtsbeoefening van de notaris en dat daarvoor geen specifieke deskundigheid is vereist.[295]

---

290 Hidma 1987, p. 163 e.v.
291 Hidma 2004, p. 89; Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 89, Veegens/Wiersma 1988, p. 25-27.
292 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 89. Deze passage is niet langer opgenomen in Pitlo/Rutgers en Krans 2014.
293 Moltzer 1904.
294 Land/Eggens 1933, p. 78 e.v.; Scheltema 1938, p. 273 e.v.; Asser/Anema 1953, p. 167 e.v.; Hidma 1987, p. 164; Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 45 e.v.
295 Land/Eggens 1933, p. 78 e.v.; Scheltema 1938, p. 273 e.v.; Asser/Anema 1953, p. 167 e.v.; Hidma 1987, p. 164; Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 45 e.v.

Rond 1900 ging men uit van de formele bewijskracht van een partij-akte (de akte levert bewijs van het feit dat iets was verklaard). Tegenwoordig wordt de materiële bewijskracht van notariële akten in het algemeen aangenomen (de akte levert bewijs van de inhoudelijke juistheid van de notariële verklaringen de akte). Voor de partij-akte geldt dit ook ten aanzien van partij-verklaringen in die akte, wanneer de betrokkene de akte heeft mee ondertekend. Wij zullen hierna verder onderzoek doen naar de bewijskracht van proces-verbaalakten, en in het bijzonder in relatie tot de daarin opgenomen partijverklaringen, zonder dat de betrokkene de akte heeft mede ondertekend.

3.3 DE BEWIJSKRACHT VAN PROCES-VERBAALAKTEN

In deze paragraaf komen wij gaandeweg tot de kern van het vraagstuk naar een mogelijk verschil in bewijskracht van in proces-verbaalakten vastgelegde waarnemingen van de notaris, wanneer de waarnemingen bestaan uit partijverklaringen die in zijn aanwezigheid zijn afgelegd. Het gaat daarbij zoals eerder opgemerkt (zie § 3.1.6) in de kern om de vraag of er een verschil is in bewijskracht wanneer de procesverbaalakte wel en wanneer de proces-verbaalakte niet is mede ondertekend door de partij die de verklaring aflegde. In de loop van de tijd is hierover verschillend gedacht.

In § 3.3.1 behandelen wij de bewijskracht van rechtsfeiten die door de notaris zijn vastgelegd in proces-verbaalakten uit eigen waarneming. In § 3.3.2 en verder behandelen wij de bewijskracht van partijverklaringen in proces-verbaalakten. Eerst bespreken wij in deze subparagraaf de relevante wettelijke bepaling over partijverklaringen in proces-verbaalakten, te weten artikel 31 (oud) Wn en het huidige artikel 37 lid 3 Wna. In § 3.3.3 behandelen wij vervolgens de parlementaire geschiedenis bij artikel 37 lid 3 Wna. Wij onderzoeken in § 3.3.4 discussies in de literatuur over de bewijskracht van partijverklaringen in proces-verbaalakten tot 2012. In § 3.3.5 onderzoeken wij discussies in de literatuur over de bewijskracht van partijverklaringen in proces-verbaalakten vanaf 2012. In § 3.3.6 gaan wij in op de relevante jurisprudentie. In § 3.3.7 onderzoeken wij welke aanvullende argumentatie kan worden ontleend aan de dagvaarding, ter verdediging van de materiële bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte houdende partijverklaringen. De dagvaarding is een voorbeeld van een ambtelijke proces-verbaalakte waarin partijverklaringen zijn opgenomen. In § 3.3.8 gaan wij in op de relatie tussen artikel 157 Rv en artikel 37 Wna. In § 3.3.9 trekken wij conclusies over de bewijskracht van partijverklaringen in proces-verbaalakten in relatie tot de executabiliteit. In § 3.3.10 gaan wij ten slotte in op de betekenis van artikel 37 lid 3 Wna. In § 3.3.11 gaan wij in op de relevantie van de materiële bewijskracht in relatie tot de executabiliteit

3.3.1 De bewijskracht van rechtsfeiten in proces-verbaalakten

Als eerste stap zullen wij in deze paragraaf de bewijskracht beschouwen van rechtsfeiten, niet zijnde partijverklaringen, in de proces-verbaalakte. In de volgende paragraaf zullen wij ons buigen over de bewijskracht van partijverklaringen in de proces-verbaalakte.

Wij citeren ten eerste K. Wiersma: [296]

> *"Voor wat de notariële akte betreft heeft het enige tijd geduurd voordat het inzicht de overhand kreeg dat uit het woord 'daadzaken' in art. 31 Not.wet moet worden afgeleid dat mede tot de bevoegdheid van de notaris behoort het relateren van feiten die niet zijn te rekenen tot verklaringen of handelingen van de verschijnende personen."*

Waaijer noemt als voorbeeld van de proces-verbaalakte de akte die uitsluitend rechtsfeiten (niet zijnde wilsverklaringen) bevat:

> *"In sommige processen-verbaal legde de notaris verklaringen af over rechtsfeiten, niet zijnde wilsverklaringen. In het proces-verbaal van non-comparitie bijvoorbeeld verklaart de notaris op verzoek van een partij dat diens wederpartij, ondanks schriftelijke sommatie, zich niet op de aangegeven tijd op het notariskantoor heeft vervoegd om bijvoorbeeld een akte van levering te tekenen. De notaris constateert dan dat iemand niet is komen opdagen. In het proces-verbaal van opening van kluisloketten constateert de notaris dat het loket leeg is of hij constateert dat het loket bepaalde sieraden en documenten bevat die hij in een verzegelde envelop laat bewaren."*

Hij ziet geen beletsel om aan de verklaringen van de notaris in proces-verbaalakten ambtelijke bewijskracht toe te kennen.

> *"Ik zie geen beletsel om aan de verklaringen van de notaris in deze akten ambtelijke bewijskracht toe te kennen. Aan de hiervoor genoemde vereisten om tot die bewijskracht te komen is mijns inziens voldaan. Zo kunnen de rechtsfeiten met redelijke mate van zekerheid worden geconstateerd."*

Waaijer vermeldt vervolgens dat geen ambtelijke bewijskracht toekomt aan verklaringen waarvoor een specifieke deskundigheid is vereist, waarover de notaris niet beschikt. [Waaijer] noemt daarbij de verklaring van de notaris of sieraden van goud of zilver zijn. Typeringen van edelmetaal zijn volgens hem uitgesloten van de ambtelijke bewijskracht.[297]

Dat de notaris door hem waargenomen rechtsfeiten kan vastleggen in een proces-verbaalakte, is onomstreden. Door de notaris waargenomen rechtsfeiten kunnen partijen raken, in de zin dat zij met een rechtsgevolg worden geconfronteerd, ook zonder dat partijen door eigen verklaringen verbintenissen op zich hebben genomen (artikel 37 lid 1 Wna).

---

296 Veegens/Wiersma 1988, p. 137.

297 Melis/Waaijer 2012, p. 166. Voor de opvatting van Waaijer over door de notaris waargenomen wilsverklaringen van partijen, zie § 2.5.3.

3.3.2 Partijverklaringen in proces-verbaalakten: artikel 31 (oud) Wn en artikel 37 lid 3 Wna

Over de bewijskracht van de partijverklaringen in een authentieke of onderhandse akte is het volgende in artikel 157 lid 2 Rv bepaald: *"Een authentieke of onderhandse akte levert ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van die verklaring, tenzij dit zou kunnen leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat."*

Wij zullen nu ingaan op waargenomen partijverklaringen in proces-verbaalakten. Eerst behandelen wij artikel 31 (oud) Wn, en daarna het huidige artikel 37 lid 3 Wna.

Artikel 31 (oud) Wn, de voorganger van artikel 37 lid 3 Wna, luidde:

> *"Wanneer bij akten van boedelbeschrijving, van openbaren verkoop, openbare verhuring of aanbesteding en bij andere akten, die niet opgemaakt worden tot bewijs van de verklaringen der verschijnende personen, maar alleen tot bewijs van handelingen of daadzaken, die ten overstaan van den notaris tijdens het verlijden der akte plaats hebben, een of meer der verschijnende personen weigeren hunnen naam te teekenen of zich vóór de sluiting der akte hebben verwijderd, zonder onderteekening, heeft de akte niettemin kracht van authentiek geschrift, indien van deze omstandigheid, en in geval de reden van de weigering om te teekenen wordt opgegeven, ook daarvan uitdrukkelijk melding wordt gemaakt in de akte."*

Artikel 31 Wn is, zoals blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling, destijds in de wet opgenomen om aan de praktijk van veiling van roerende goederen in het openbaar tegemoet te komen. Het was en is immers geen gebruik dat kopers na elke koop of na afloop van de veiling de notariële akte kwamen tekenen.[298]

Eggens merkt hierover op:[299]

> *"Men wilde aan de praktijk tegemoet komen, die in omstandigheden, waarin het van te voren niet zeker was welke verklaringen zouden worden afgelegd, en wie zouden compareeren en waarin dus de acte niet rustig vóór de verschijning van partijen kon worden gereedgemaakt, maar onder de bedrijven door moest worden opgesteld, en daarna voltooid, in die gevallen, dat de handelingen ten deele los van elkaar stonden, en veel tijd in beslag namen, die in deze en dergelijke omstandigheden, er behoefte aan had, dat men partijen kon laten gaan, die men immers practisch niet zou kunnen dwingen ten einde toe te blijven."*

298 Van den Honert 1842, p. 388 en p. 444-450.

299 Eggens 1926, p. 13-16 resp. p. 25-28.

Waaijer meent dat het iedere notaris moeite zal kosten een geval te noemen waarin een belanghebbende persoon niet zou ingaan op de mogelijkheid een akte mee te ondertekenen.[300] Wij zouden menen dat er voorbeelden voorhanden zijn, te beginnen met de praktijk van veilingen. Andere voorbeelden zijn (1) een narrige aandeelhouder die verschil van inzicht heeft met de andere aandeelhouders over het uit te keren dividend, en (2) een vergadering van appartementseigenaren waar met meerderheid van stemmen is beslist tot het laten uitvoeren van kostbare reparaties, terwijl een minderheid hierop tegen is. Kortom, het kan gaan om elke situatie waarin een conflict is ontstaan of dreigt en/of een persoon spijt heeft van het door hem gegeven woord en hieraan niet gebonden wil zijn. Het kan verder gaan om situaties waarin de akte eerst op een later tijdstip gereed zal zijn (denk bijvoorbeeld aan een aandeelhoudersvergadering), terwijl men zich de moeite en kosten wil besparen om diegenen die aan het woord zijn gekomen opnieuw te laten compareren wanneer de akte ter ondertekening klaarligt.

Als concessie gold volgens Eggens de voorwaarde, dat de controle op de verklaringen scherper zou zijn dan anders:

> *"Doordat de getuigen en de notaris in deze gevallen als 't ware "op de loer" zouden liggen, of liever dat er controle zou zijn, want anders bestaat die alleen in het opletten dat partijen hunne handteekening zetten onder de hun voorgelezen akte."*

Zulk een controle, die ondertekening van het proces-verbaal overbodig maakte, achtte men doeltreffend onder bepaalde omstandigheden. Vervolgens heeft men geprobeerd – niet erg gelukkig volgens Eggens – die bijzondere vorm te karakteriseren door in het toenmalige artikel 31 Wn van "handelingen en daadzaken" te spreken.

Wanneer nu een dergelijke proces-verbaalakte *niet* werd meegetekend, en in de akte werd niet vermeld dat de personen hadden geweigerd te tekenen of zich vóór de sluiting der akte hadden verwijderd, en ook niet de reden van weigering vermeldde, hetgeen werd voorgeschreven door de letterlijke tekst van de bepaling (artikel 31 (oud) Wn, dan werd verschillend gedacht over de gevolgen ervan voor de bewijskracht.

Dit wordt geïllustreerd aan de hand van twee uitspraken. De eerste uitspraak is van de kantonrechter te Bergum van 15 december 1915.[301] Het vonnis volgde op een 'praeparatoir vonnis' van 16 november 1915. Ter voldoening aan de in dat vonnis opgedragen bewijsopdracht had de gemachtigde van eiseres een 'authentiek extract van een proces-verbaal van verkooping van grasgewas' in het geding gebracht. De akte was opgemaakt door 'den destijds te Augustinusga resideerenden' notaris J. Landmeter op 11 Juni 1914 in de herberg van Wartena te Garijp. De kantonrechter kende aan de akte voor wat betreft de namen van de kopers – die niet hadden mee-

300 Melis/Waaijer 2012, p. 167.
301 Ktr Bergum 14 december 1915, *NJ* 1916, p. 1333 (nr. 2).

getekend, zonder dat melding was gemaakt dat zij daartoe niet in staat waren of daarin verhinderd waren – vrije bewijskracht toe, na de volgende overwegingen [onderstreping HN]:

> *"O., dat door de eischeresse overgelegde akte is een proces-verbaal van grasverkoop van den notaris J. Landmeter;*
> *"O., dat deze akte niet is opgemaakt overeenkomstig de voorschriften van de wet op het notariaat daar de akte niet zooals art. 30 voorschrijft door de partijen is onderteekend en daarin ook geene verklaring voorkomt dat zij daartoe niet in staat of daarin verhinderd waren;*
> *"O., dat de akte derhalve hare bewijskracht niet aan deze wet kan ontleenen en evenmin de kracht heeft van eene onderhandsche akte;*
> *"O., dat de akte voldoet aan de voorschriften van de Wet van 22 Pluviôse van het jaar VII hier te lande executoir verklaard bij Keizerlijk decreet van 8 November 1810 en hare bewijskracht alzoo daaraan ontleent;*
> *"O., dat de notarissen bevoegd zijn akten volgens die wet op te maken, zoodat de akte is een authentieke akte, dat deze authentieke akte echter alleen bewijskracht heeft ten aanzien van datgene wat in gemelde wet van 22 Pluviôse van het jaar VII aan den Ambtenaar is opgedragen te constateeren;*
> *"O., dat deze wet ten doel heeft de betaling der registratierechten te verzekeren bij openbaren verkoop van roerende goederen en in verband daarmede verbiedt dat deze verkoopingen door anderen dan de daartoe bevoegde ambtenaren gehouden zullen worden en voorts in art. 5 aan die ambtenaren voorschrijft, dat elke verkochte zaak terstond op een procesverbaal moet worden ingeschreven met den prijs in letters en in cijfers, terwijl het stuk onderteekend moet worden door den Ambtenaar met twee getuigen;*
> *"O., dat vermelding van de namen van verkoopers en koopers niet is voorgeschreven;*
> *"O., dat de onderhavige akte derhalve alleen authenticiteit bezit ten aanzien van de identiteit der verkochte goederen en den prijs, doch niet ten aanzien van hetgeen daarin verder is vermeld ten aanzien van de aansprakelijkheid van koopers en verkoopers, boeten, wanbetaling, domicilie keuze, enz., noch ten aanzien der namen van koopers en verkoopers;*
> *"O., dat het aanbod van gedaagde om tegenbewijs tegen deze akte te leveren ten aanzien van de namen der koopers, dan ook buiten beschouwing kan blijven;*
> *"O., dat de eischer heeft aangeboden zijne stellingen te bewijzen door getuigen;*
> *"O., dat gedaagde van de bij dagvaarding gestelde feiten alleen heeft ontkend, dat hij mede-kooper is geworden van het verkochte perceel grasgewas, zoodat al hetgeen bij dagvaarding is gesteld omtrent de voorwaarden, den prijs, tijd en plaats van den verkoop alsmede de identiteit van het verkochte grasgewas ten processe vaststaat;*
> *"O., dat derhalve alleen te bewijzen over blijft dat gedaagde medekoóper van dat grasgewas is geworden;*
> *"O., dat dit bewijs niet betreft eene vordering tegen of boven den inhoud van voormelde akte terwijl ook overigens het getuigenbewijs niet door de wet wordt uitgesloten;*
> *Gezien de betrekkelijke wetsartikelen, waaronder artt. 1905, 1932, 1933, 1934 B,W.., artt. 1 en 5 der Wet van 22. Pluviôse van het jaar VII;"*

De kantonrechter laat eiseres alsnog toe om bewijs te leveren van haar stellingen en beveelt daartoe een getuigenverhoor.

> *"Rechtdoende:*
> *"Laten de eischeresse toe door getuigen te bewijzen dat bij den verkoop op 15 Juni 1914 van het 6^e^ perceel van de 22 mad hooiland aan den sintelweg te Garijp door notaris J. Landmeter ten verzoeke van Aukje Topma gehouden waarvan Durk Dorhout en Remmelt de Haan koopers zijn geworden, de gedaagde medekooper is geworden;*
> *"Bepalen, dat dit verhoor zal gehouden worden op Dinsdag 11 Januari 1916 des voormiddags te 10 ure;*
> *"Reserveeren de uitspraak omtrent de kosten tot het eindvonnis."*

De tweede uitspraak is van de Rechtbank Nijmegen.[302] De zaak is als volgt weergegeven [onderstreping HN]:

> *"Voor het Kanton-Geregt te Wychen heeft de geïntimeerde, toen eischer, den appellant doen dagvaarden, ten einde te worden veroordeeld tot de betaling der som van f 75, zijnde de prijs van eene bij openbare veiling van gereede goederen, ten overstaan van den Notaris van Roggen, residerende te Wychen, door Willem van Maasakker gekochte koe, voor de betaling van welken koopprijs de appellant, volgens beweren van den eischer en geïntimeerde, zich tot borg had gesteld. De vordering werd gestaafd door een proces-verbaal van verkoop van gereede goederen, door den genoemden Notaris van Roggen, in tegenwoordigheid van getuigen opgemaakt; doch hetwelk door den appellant, toen gedaagde, niet is geteekend, terwijl ook niet vermeld wordt, dat hij op de daartoe gedane aanvraag verklaard heeft, niet te kunnen schrijven.*
> *"De appellant beweerde dan ook zich niet voor de voldoening van die schuld tot borg te hebben gesteld, en verzette zich op dien grond tegen de ingestelde vordering.*
> *"De Kanton-Regter te Wychen heeft, bij vonnis van 5 April 1843, den gedaagde, in weêrwil van die ontkentenis, tot betaling veroordeeld, op grond, <u>dat de vordering door het overgelegde proces-verbaal van verkoop werd bewezen</u>, blijkende uit hetzelve, <u>dat de appellant zich tot borg had gesteld</u>; dat dit stuk tusschen partijen <u>volledig bewijs</u> opleverde, en dat hetzelve door de bloote ontkentenis van den appellant niet konde worden ontzenuwd.*
> *"Van daar appèl, bij niet-verschijning van den geïntimeerde verstek, en voorts, ten profijte van dien, de volgende uitspraak:*
>
> > *"Overwegende, dat uit de bepalingen van art. 5 der Wet van 22 Pluviôse, An VII, welke in casu van toepassing is, wel uit den aard der zaak en implicite volgt, dat de proces-verbalen van verkoop, door de daarin opgenoemde openbare Ambtenaren, ingevolge hare voorschriften opgemaakte, als authentieke acten, kracht van bewijs in regten bezitten, om daar te stellen niet alleen, dat al de daarop als toegewezen vermelde voorwwerpen, voor den uitgetrokken prijs zijn verkocht, maar ook, dat dezelfve zijn gekocht door de als koopers aangetekende personen;*

302 Arrondissements-Regtbank Nijmegen 13 oktober 1843, *NJ* 1844 (Regtsgeleerd bijblad Vol. 6)., p. 181-183.

"Overwegende, dat echter de bevoegdheid van genoemde Ambtenaren als zodanig zich niet verder kan uitstrekken, dan tot het constateren dezer daadzaken, en dat, voor zoo verre zij als Notarissen bevoegd zijn, om van alle overeenkomsten acten te passeren, zoodanige overeenkomst, gelijk in casus die van borgstelling bij dergelijk proces-verbaal van verkoop aangegaan, om, als authentieke acte, kracht van bewijs te hebben, daarbij moet zijn opgemaakt, volgens al de vormen bij de Wetten op het Notariaat, in casu, die van 25 Ventôse, Jaar XI, vastgesteld;

"Overwegende, dat het quaestieuse proces-verbaal van verkoop, waarop de appellant als gestelde borg van den kooper, Willem van Maasakker, wordt vermeld, niet door den appellant onderteekend zijnde, noch in hetzelve melding zijnde gemaakt, dat de appellant niet konde onderteekenen, hetzelve, ofschoon door eenen bevoegden Notaris opgemaakt, niet voldoet aan de bepaling van art. 14, in verband met art. 68 van genoemde Wet, mitsdien niet als Notariëele acte, ten opzigte dier overeenkomst van borgstelling, kan gelden, noch kracht van bewijs, in regten, als zoodanig bezitten; – terwijl daaraan door hetzelfde gebrek van onderteekening, mede geene bewijskracht als onderhansche acte kan worden toegekend;

"Overwegende, dat de geïntimeerde geene andere bewijzen tot staving zijner vordering heeft aangevoerd, en dat dus die vordering, bij de ontkentenis van den appellant, ten onregte door den eersten Regter voor genoegzaam in regten bewezen is aangenomen; – zodat dezelfs vonnis behoort te worden te niet gedaan, en aan den eischer, nu geïntimeerde, die vordering ontzegt;

"En op deze gronden regt doende, in hooger beroep, op het verleende verstek, in naam en van wege den Koning!

"Doet te niet het vonnis, waarvan is geappelleerd, voor zoo veel den geïntimeerde betreft, en op nieuw regt doende, ontzegt den eischer, nu geïntimeerde, zijne conclusie in eersten aanleg tegen den appellant gedaan en genomen;

"Veroordeelt den geïntimeerde in de kosten der beide instantiën."

Het valt op dat de rechtbank in hoger beroep oordeelt dat als gevolg van het vormverzuim (het niet vermelden dat de appellant niet kon ondertekenen) de akte niet voldoet aan artikel 14 van de wet en daarom geen notariële akte is. Waar de rechter van de eerste instantie wel dwingende bewijskracht toekende aan de akte, zien wij dat de rechtbank in hoger beroep geen enkele bewijskracht toekent aan de akte, daar de akte naar het oordeel van de rechtbank authenticiteit mist. Dit laatste is formeel geen onbegrijpelijke benadering. Tegelijkertijd had de rechtbank vastgesteld dat de akte was opgemaakt door een bevoegde notaris. De notaris was derhalve getuige geweest van de verkoop en de akte, ondertekend door de notaris. De akte kon gezien worden als schriftelijke getuigenbewijs met vrije bewijskracht. Verder was de notaris ook niet de enige getuige. De akte wordt echter in tweede instantie volledig terzijde gelegd als bewijsmiddel en de vordering wordt afgewezen.

Hoe dit ook zij, het huidige artikel 37 lid 3 Wna is anders geformuleerd en luidt als volgt.

"Indien een proces-verbaalakte ten bewijze van instemming mede ondertekend is door één of meer bij de inhoud belanghebbende personen, de akte te hunnen opzichte tevens geldt als partij-akte voor wat

betreft de bewijskracht van de daarin vermelde waarnemingen van de notaris."

Uit de tekst leiden wij de volgende elementen af.

1. Proces-verbaalakten bevatten waarnemingen van de notaris, die naar hun inhoud één of meer personen als belanghebbende kunnen raken.
2. Het is mogelijk dat één of meer van die personen overgaat tot het mede ondertekenen van de akte.
3. Het is mogelijk dat één of meer van die personen niet overgaat tot het mede ondertekenen van de akte.
4. De akte geldt ten opzichte van een persoon die niet mee ondertekent, als een proces-verbaalakte.
5. De akte geldt ten opzichte van een persoon die wel mee ondertekent, als proces-verbaalakte.
6. De akte geldt ten opzichte van een persoon die wel mee ondertekent, gedeeltelijk eveneens als partij-akte.

Meer aanknopingspunten biedt artikel 37 lid 3 Wna niet. Het huidige artikel 37 lid 3 Wna vermeldt bovendien niet langer het voorschrift dat de akte melding moet maken van de reden van niet ondertekening. De akte kan derhalve onder huidig recht geen authenticiteit missen door het enkele ontbreken van een handtekening van een betrokkene (van wie een waargenomen verklaring is opgetekend), zonder nadere toelichting op dat punt.

Huijgen wijst in dit kader op het verschil in vorm die valt waar te nemen: partij-akten beginnen met "*Heden verscheen voor mij…*", terwijl proces-verbaalakten beginnen met "*Heden heb ik mij begeven…*" of woorden van gelijke strekking.[303] Hij stelt verder dat een akte die volgens de nog door hem nader te bespreken materiële criteria een proces-verbaalakte is, niettemin in de vorm van een partij-akte wordt gegoten: een veilingakte zal dan beginnen met "*Heden verscheen voor mij….*" Wij zullen de laatste opmerking verder behandelen in § 3.3.10.

Bij het Gerechtshof in Amsterdam kwam de vraag aan de orde of een notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar handelt wanneer hij in een proces-verbaalakte ook een aan hem kenbaar gemaakte mening, hetgeen wij niet anders kunnen opvatten dan een partijverklaring, vastlegt. Deze uitspraak is gedaan onder het vigerende artikel 37 lid 1 Wna. Het Hof heeft bij arrest van 22 maart 2016 bevestigd dat dit *niet* het geval is. Dit arrest vatten wij op als een bevestiging dat proces-verbaalakten wel degelijk verklaringen van partijen kunnen bevatten, indien en voor zover deze door de notaris zijn waargenomen. Het Hof oordeelde:[304]

> *"In hoger beroep heeft klager aangevoerd dat het opnemen van partijverklaringen in een proces-verbaalakte in strijd is met het bepaalde in artikel 37 lid 1 van de Wet op het notarisambt. Het is juist dat een proces-verbaalakte op grond van vorenbedoeld wetsartikel slechts waarnemingen van de notaris – en eventueel bevestigingen daarvan door getuigen – mag bevatten. Dit betekent echter niet*

303 Huijgen 2001, p. 88.

304 Hof Amsterdam (NOT) 22 maart 2016, ECLI, NL GHAMS:2016:1096.

dat de notaris op dit punt tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door de hem kenbaar gemaakte mening van [X] in een akte vast te leggen."

Dit lijkt ons een juiste benadering. Een proces-verbaalakte kan ook partijverklaringen bevatten. In de traditie van het waarnemen van veilingen en van aandeelhoudersvergaderingen wordt van de notaris juist verlangd dat hij de waargenomen partijverklaringen vastlegt. Dit gebeurt, en dient te gebeuren, onafhankelijk van de vraag of de betrokkene (bijvoorbeeld aan het slot van de veiling of de aandeelhoudersvergadering) de akte mee ondertekent.

Zoals aan het slot van § 3.1.6 opgemerkt heeft met name de observatie dat de proces-verbaalakte authenticiteit heeft door de enkele ondertekening door de notaris zonder dat de aanwezigheid van de partijen is vereist (artikel 37 lid 2 Wna), relevantie voor ons onderzoek. De relevantie van die observatie is gelegen in de toepassing ervan. Het feit dat de notaris een proces-verbaalakte kan passeren van hetgeen hij waarneemt, zonder mede-ondertekenen door de betrokkenen, zelfs onafhankelijk van hun wil, geeft de proces-verbaalakte een eigen dynamiek.

Wij gaan hierna daarom verder met het vraagstuk van de bewijskracht ex artikel 37 lid 3 Wna. Het gaat daarbij in de kern om de vraag of er een verschil is in bewijskracht een door de notaris waargenomen partijverklaring, die is vastgelegd in een proces-verbaalakte, in geval van de akte wel of niet is mede ondertekend door de betreffende partij. De letterlijke tekst van artikel 37 lid 3 Wna lijkt in die richting te duiden. Daarbij zullen wij ook ingaan op artikel 157 lid 1 en lid 2 Rv. Achtereenvolgens gaan wij in op de parlementaire behandeling van artikel 37 lid 3 Wna en de opvattingen in de literatuur tot 2012.

3.3.3 De parlementaire behandeling van artikel 37 lid 3 Wna

Bij de parlementaire behandeling van de huidige Wet op het notarisambt heeft volgens de toelichting bij artikel 37 lid 3 Wna de toenmalige staatssecretaris, mr. E.M.A. Schmitz, in eerste instantie op 29 augustus 1997 de volgende opmerking geplaatst [onderstreping HN].[305]

"De bewijskracht van een proces-verbaalakte welke de betrokkenen niet mede hebben ondertekend, is voor wat betreft de daarin gerelateerde verrichtingen en waarnemingen van de notaris thans niet duidelijk (…). Om de nieuwe regeling zo volledig mogelijk te maken is in het voorgestelde artikel 33[306] tevens bepaald dat als de proces-verbaalakte ten bewijze van instemming mede ondertekend is door een of meer bij de inhoud belanghebbende personen, die akte te hunner opzichte mede geldt als partij-akte voor wat betreft de bewijskracht van de daarin gerelateerde verrichtingen en waarnemingen van de notaris.
"<u>Hieruit volgt daarom dat als de akte niet door die personen is mede-ondertekend, de verklaringen van de notaris geen andere waarde hebben dan een getuigenverklaring</u>."

305 *Kamerstukken II* 1996/97, 23 706, nr. 12, p. 14.
306 Dit artikel is thans artikel 37 lid 3 Wna.

Deze (a-contrario) interpretatie van de staatssecretaris uit 1997 is onzes inziens onjuist. Kraan maakt duidelijk waarom de opvatting van de staatssecretaris zeer betwistbaar is en hij onderbouwt dit als volgt:[307]

> *"Naar ik meen is deze opvatting zeer betwistbaar. Komt in een proces-verbaalakte de verklaring van een persoon voor, dan dient volgens de staatssecretaris een onderscheid te worden gemaakt tussen het geval dat deze persoon de akte mede-ondertekent, in welk geval de verklaring van de notaris dat deze persoon een verklaring met een bepaalde inhoud heeft afgelegd tegenover een ieder voor waar wordt gehouden, en het geval dat deze persoon de akte niet mede-ondertekent, in welk geval de verklaring van de notaris dat deze persoon een verklaring met een bepaalde inhoud heeft afgelegd niet tegenover een ieder voor waar wordt gehouden, maar slechts geldt als een door de notaris buiten zijn ambtsverrichtingen neergelegde getuigenverklaring. In het laatste geval staat dan wel de inhoud van de verklaring van die persoon op grond van de verklaring van de notaris jegens een ieder vast, of deze voor rekening van de door de notaris genoemde persoon kan worden gebracht dient echter nader te worden vastgesteld. In het eerste geval, indien de verklaring van de notaris jegens een ieder voor waar wordt gehouden, is de persoon door zijn mede-ondertekening aan zijn verklaring gebonden. In het tweede geval is hij niet aan zijn verklaring gebonden door de vermelding door de notaris in de akte dat hij die verklaring heeft afgelegd, maar is hij pas aan de verklaring gebonden, nadat de rechter dit, indien hij aan de getuigenverklaring van de notaris kracht toekent, heeft vastgesteld. Het komt mij voor dat dit onderscheid niet terecht is."*

Sinds deze uitspraak van de toenmalige staatssecretaris is er twijfel gerezen over de vraag of aan de waarneming van de notaris in zijn ambtsedig opgemaakte proces-verbaal dwingende bewijskracht toekomt als ambtenaar (artikel 157 lid 1 Rv), of dat zijn verklaring niet meer waard is dan elke andere getuigenverklaring met vrije bewijskracht (artikel 152 lid 2 Rv).

Dit is versterkt doordat de toenmalige staatssecretaris daarna, in oktober 1997, de twijfel heeft versterkt toen zij, in reactie op bezwaar van de zijde van de KNB, met een onjuiste interpretatie van het standaardwerk van Melis bevestigde dat de verklaring van de notaris inzake een door hem waargenomen partij-verklaring in een niet-ondertekende proces-verbaalakte slechts vrije bewijskracht zou hebben. In de door ons bedoelde passage vermeldt de staatssecretaris het volgende [onderstreping HN].

307 De Bruijn/Kraan 2012, p. 23.

“De KNB is voor wat betreft de bewijskracht van proces-verbaal-akten van mening dat de beperking die in het voorstel wordt aangebracht niet wenselijk is. Gedoeld wordt op het derde lid, waarin is bepaald dat als een proces-verbaal-akte ten bewijze van instemming medeondertekend is door een of meer bij de inhoud belanghebbende partijen, de akte te hunnen opzichte ook als partij-akte geldt voor wat betreft de bewijskracht van de daarin vermelde waarnemingen van de notaris. Blijkbaar zou de KNB de eis van mede-ondertekening willen laten vervallen. Dit gaat mijns inziens te ver. De nieuwe bepaling is toegelicht in de nota naar aanleiding van het nader verslag, p. 14, met een verwijzing naar het Handboek van Melis, De Notariswet, zesde druk (1991), p. 257–259. De KNB zou willen dat de verklaring van de koper op de veiling, die het proces-verbaal niet mede-ondertekent, volledig bewijs van de gesloten overeenkomst oplevert, zodat op grond van de akte executie mogelijk is. Zij wijst er daarbij op dat de in de nota naar aanleiding van het nader verslag aangehaalde opvatting van Melis door de bewerkers eerst in de 6e druk is verdedigd, in afwijking van de 5e druk. Ik kan de KNB hier niet volgen.

“Immers, ook in de vijfde druk van het Handboek van Melis uit 1982, bewerkt door A. Pitlo, P. L. Dijk, A. G. Lubbers en A. H. M. Santen, p. 89–90, wordt gesteld «Als namelijk het notariële proces-verbaal van een of meer verschijnende personen de handtekening behelst, gaat het ons te ver om daaraan geen enkele betekenis toe te kennen: wij menen dat dit proces-verbaal voor zover het handtekeningen draagt van anderen dan de notaris (en mogelijk diens getuigen) en voor zover het verklaringen behelst welke in het proces-verbaal aan die ondertekenaren worden toegeschreven, in zoverre mede schriftelijke partijverklaringen behelst». Toegepast op het klassieke voorbeeld van degeen , die – na in een veiling «mijn» geroepen te hebben – zich zonder ondertekening van het proces-verbaal verwijdert, stellen de bewerkers van de vijfde druk: «Dit proces-verbaal behelst nu géén schriftelijke partij-verklaring in de zin van: door een partij als zodanig ondertekende verklaring. Doch dat hij gemijnd hééft, wordt verplicht volledig bewezen (behoudens tegenbewijs, doch tegenbewijs is ook mogelijk, zij het wellicht moeilijker, als hij wèl ondertekend heeft) door hetgeen het proces-verbaal hem in de mond legt.» Ook de bewerkers van de zesde druk wijzen erop dat wie een ander niet tot ondertekening heeft kunnen bewegen, met de proces-verbaal-akte niet meer dan een getuigenverklaring heeft, al zal hij de rechter meestal kunnen overtuigen dat die ander verklaard heeft zoals in die akte staat te lezen. Het derde lid lijkt mij dus volledig in overeenstemming met de opvattingen in het Handboek van Melis, vijfde en zesde druk.

“De verklaring van de notaris op grond van artikel 39, vierde lid, derde volzin, waarin hij constateert dat een comparant niet in staat is te ondertekenen, is van geheel andere orde dan bovengenoemde proces-verbaal-akte. Het gaat hier om een regeling die wordt aangeduid als «het surrogaat van de ondertekening» en het betreft de ondertekening van een partij-akte. De notaris geeft in dat geval in een authentieke verklaring weer wat hem mondeling is meegedeeld. Hierdoor wordt de verklaring van de waarneming door de notaris nog niet opgewaardeerd tot partij-verklaring.”[308]

De interpretatie van de staatssecretaris uit 1997 valt niet terug te voeren op de geciteerde passage uit de toenmalige druk van het handboek van Melis. Lubbers komt immers juist wèl tot de con-

308 *Kamerstukken II* 1997/98, 23 706, nr. 16, p. 39.

clusie dat het proces-verbaal waarin de notaris heeft geconstateerd dat een persoon een verklaring aflegt tegenover die persoon "verplicht en volledig wordt bewezen" (dwingende materiële bewijskracht), ook al is het geen partijverklaring omdat de ondertekening van die partij ontbreekt.[309] Dat deze consequentie door de staatssecretaris niet is getrokken, kan worden verklaard omdat de beschouwingen van Lubbers niet eenvoudig te lezen zijn. Uit de betreffende passage kan echter in geen geval worden afgeleid dat Lubbers meende dat slechts sprake zou zijn van een getuigenverklaring van de notaris met vrije bewijskracht. Wij zullen hierop verder ingaan in § 3.3.5.

De onjuiste interpretatie van de staatssecretaris over de vrije bewijskracht uit de parlementaire geschiedenis is echter overgenomen in de uitspraak van de voorzieningenrechter te Zwolle-Lelystad, die oordeelde: [310]

> *"De onderhavige akte van non-comparitie, die alleen door de notaris en niet door (één van) partijen is ondertekend, is een zuivere proces-verbaalakte. Een proces-verbaalakte bevat slechts waarnemingen van de notaris, aldus artikel 37 Wet op het notarisambt.*
> *"De verklaring van de notaris ten aanzien van de nader te noemen meester is te beschouwen als een wilsverklaring van Orcom Vastgoed Beleggingen, terwijl de akte niet is mede-ondertekend door deze laatste. Dit leidt er toe dat de verklaring van de notaris geen andere waarde heeft dan een getuigenverklaring en dat de rechter de vrijheid heeft de betekenis van dat bewijsmiddel zelf te wegen."*

3.3.4 Literatuur over de materiële bewijskracht tot 2012

Dat de getuigenverklaring van de notaris over een door hem waargenomen en in een proces-verbaalakte neergelegde partijverklaring dwingende bewijskracht heeft, wordt verder verduidelijkt door Hidma, die expliciet vermeldt dat het standaardwerk van Melis ter zake van de bewijskracht van de proces-verbaalakte ten opzichte van de partijverklaring als de heersende leer mag worden beschouwd. Hidma wijst er ten eerste op dat de bewerkers van het handboek van Melis erkennen dat de proces-verbaalakte – zonder daardoor partij-akte of partij-proces-verbaalakte te worden[311] – partijverklaringen kan behelzen en dat aan die partijverklaring ook in juridisch opzicht dezelfde waarde toekomt als aan een partijverklaring in een partij-akte.[312] Hieraan wordt toegevoegd: "*kan de koper die zich zonder ondertekening van het proces-verbaal van veiling heeft verwijderd, de grosse worden tegengeworpen als hij in gebreke blijft te betalen en af te nemen: dát is nu juist de kracht van artikel 31 Wn*." Hidma onderschrijft vervolgens de conclusie van Lubbers, dat (i) een object van waarneming verandert in een comparant en (ii) de comparant door ondertekening van de proces-verbaalakte zijn eigen daarin (waargenomen) opgenomen verklaring "promoveert" tot een schriftelijke verklaring.

309 Melis/Dijk e.a. 1982.

310 Rechtbank Zwolle-Lelystad 10 juni 2010, ECLI, NL RBZLY:2010:BN3480.

311 De leer van een door Eggens geïntroduceerde formele derde categorie akten, te weten de "partij-proces-verbaalakte", is al snel verlaten, hoewel de term nog weleens gebruikt wordt voor het aanduiden van een door een partij ondertekende proces-verbaalakte. Vgl. Eggens 1926; Santen 1987.

312 Hidma 1987, p. 164.

Ook Rutgers wijst de in de parlementaire behandeling gemaakte opmerking af, dat het niet via mede ondertekening door een belanghebbende "gedekt" relaas van de notaris in de ogen van de wetgever geen andere waarde zou kunnen hebben dan een getuigenverklaring en elke dwingende bewijskracht zou ontberen. Hij noemt dit een "degradatie van de ambtsedige notariële verklaring tot gewone getuigenverklaring, die afbreuk doet aan de natuurlijke plaats die de ambtenaar in ons bewijsrechtelijke systeem inneemt."[313]

Huijgen vat de discussie als volgt samen.

> *"De wet geeft geen rechtstreeks antwoord op de vraag wat, uitgaande van het feit dat de akte tóch authentiek is, de bewijskracht is van een proces-verbaalakte van een vergadering of een veiling welke niet is ondertekend door degene wiens verklaring in die akte wordt gerelateerd. A-contrario mogen we aannemen, gezien het feit dat lid 3 de bewijskracht laat afhangen van de ondertekening door de 'belanghebbende personen', dat de verklaring van de notaris terzake vrije bewijskracht heeft. We krijgen dan een opmerkelijke uitzondering op artikel 184 Rv [toevoeging: thans artikel 157 Rv]. Volgens dat artikel immers leveren authentieke akten tegen een ieder dwingend bewijs op van hetgeen de notaris binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen heeft verklaard. Welnu: als we artikel 184 Rv op artikel 37 lid 3 zouden mogen toepassen, zou het vaststaan (nu we mogen uitgaan van het feit dat een proces-verbaalakte een authentieke akte is) dat de verklaring van de notaris dat, bijvoorbeeld, hij heeft waargenomen dat iemand op een veiling zijn mond opende en 'mijn' riep, bewijs oplevert van het feit dát hij dat inderdaad gezegd heeft, uiteraard tot het tegendeel bewezen wordt.*
> *"Artikel 37 lid 2 leert dat partij-akten tot stand komen door de ondertekening van partijen en notaris, en dat een proces-verbaalakte tot stand komt door ondertekening door de notaris alleen. Het blijft dan raadselachtig waarom, zoals lid 3 wil, dat een door een 'bij de inhoud belanghebbende persoon 'getekende 'proces-verbaalakte' ten opzichte van die persoon geen partijakte is, doch alleen maar als een partij-akte geldt. Waarom zou het onmogelijk zijn dat een akte ten opzichte van de ene partij een partij-akte is, en ten opzichte van de andere partij een proces-verbaalakte? De wet voegt daar, ten overvloede, aan toe dat het 'gelden' slaat op de bewijskracht van de daarin vermelde waarnemingen van de notaris.*
> *"Ik heb begrepen dat de meeste veilingen van onroerend goed 'stuk voor stuk' geschieden zodat de partijen gelegenheid hebben meteen te tekenen. Veilingen van roerend goed gaan meestal onder het toeziend oog van een deurwaarder, maar bij heel 'mooie spullen' bij sjieke veilinghuizen, komen er ook wel notarissen aan te pas. Als ik goed ben geïnformeerd tekenen de 'mijners' dan niet, daar zouden dan proces-verbaalakten te ontwaren zijn."*

Voor ons onderzoek zijn de volgende opmerkingen van Huijgen relevant: (i) een *a-contrario* redenering van artikel 37 lid 3 Wna in de opvatting van de staatssecretaris uit 1997 leidt tot strijd met artikel 157 Rv. Immers, ex 157 lid 1 Rv heeft de proces-verbaalakte authenticiteit door ondertekening van de notaris en daarmee dwingende bewijskracht, terwijl op grond van 157 lid 2

313 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 110.

Rv de mede-ondertekening van partijen evenmin is vereist; (ii) ondanks zijn worstelingen met de proces-verbaalakte die waargenomen partijverklaringen behelst, onderkent Huijgen dat notariële proces-verbaalakten nu eenmaal ten opzichte van een ieder dwingend bewijs opleveren, en dat een ieder op de juistheid van de waarneming van de notaris mag afgaan dat de koper op een veiling "mijn" heeft geroepen, totdat tegenbewijs is geleverd. Met andere woorden: ook Huijgen erkent, dat de proces-verbaalakte met daarin vastgelegd een door de notaris waargenomen partijverklaring tegenover een ieder dwingende bewijskracht heeft, behoudens tegenbewijs.[314]

In de latere drukken van het handboek van Melis, heeft Waaijer daarentegen – die over het algemeen de wetgeving restrictief uitlegt, zoals al hiervoor is gebleken in § 3.1.1 en ook hierna zal blijken – de interpretatie van de toenmalige staatssecretaris (zie § 3.3.3) geadopteerd; hij wijst de dwingende materiële bewijskracht van de door de notaris waargenomen en in een procesverbaalakte vastgelegde partijverklaringen af. Waaijer schrijft: [315] "*Ik heb grote moeite aan de zuivere proces-verbaalakte die een relaas van de notaris bevat over wilsverklaringen van partijen, de vergaande ambtelijke bewijskracht toe te kennen.*" Hij komt tot die stelling nadat hij eerder heeft uiteengezet dat de dwingende bewijskracht van het notariële relaas is beperkt tot de verklaringen van de notaris over zijn waarnemingen en verrichtingen.

Waaijer licht zijn terughoudendheid nader toe. Bij verklaringen over waarnemingen kan volgens hem worden gedacht aan de constatering van dag, maand en jaar van het passeren van de akte. Dit zijn verklaringen die buiten twijfel zijn gedaan binnen de kring van de bevoegdheid van de notaris. De notaris die zonder opdracht een akte verlijdt, handelt – zo stelt Waaijer terecht – buiten zijn bevoegdheid. Hetzelfde geldt voor de notaris die een opinie afgeeft over andere feiten dan rechtsfeiten. Zo kan de notaris vaststellen of een loket leeg is, of dat het sieraden of documenten bevat. De notaris overschrijdt zijn bevoegdheid door een opinie te geven over het soort edelmetaal. Dit leidt Waaijer tot de conclusie dat niet aan de notariële akte dwingende bewijskracht toekomt, maar uitsluitend aan die delen van het relaas van de notaris die kwalificeren als waarnemingen en verrichtingen in de hiervoor aangeduide zeer beperkte zin.[316]

Waaijer noemt vervolgens vier argumenten tegen de dwingende bewijskracht van het procesverbaal van een veiling, te weten (1) de notaris heeft zich niet van de identiteit van de koper op de veiling kunnen vergewissen, (2) het is niet altijd duidelijk wie de opdrachtgever is, (3) de handtekening kan niet ontbreken, omdat niet vast staat dat de partij heeft willen compareren, en (4) het is ongerijmd dat een zuivere proces-verbaalakte dwingende bewijskracht heeft jegens een ieder, wanneer de daarin vervatte verklaring niet meer oplevert dan dwingende bewijskracht jegens de wederpartij (van degene die verklaring heeft afgelegd).

314 Huijgen en Pleysier 2001, p. 90.
315 Melis/Waaijer 2012, p. 167.
316 Melis/Waaijer 2012, P. 165-166.

Deze argumenten zullen wij in de volgende paragraaf inhoudelijk behandelen, waarin wij weergeven welke zienswijze Kraan in 2012 heeft geformuleerd ten aanzien van elk van deze punten. Daarmee vormt 2012 een keerpunt in het denken over de materiële bewijskracht van een door de notaris waargenomen partijverklaring in de proces-verbaalakte, waarbij de akte niet door de betrokkene is mede ondertekend.

3.3.5 Literatuur over de materiële bewijskracht vanaf 2012

Kraan, die zich sinds 2012 bij de leer van Lubbers, Hidma, De Bruijn en Huijgen inzake de materiële bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte heeft aangesloten, wijst erop dat de tekst van artikel 37 lid 3 Wna niet aan de opvatting van de dwingende bewijskracht van de ambtelijke getuigenverklaring in de weg staat.[317]

> *"Zoals ik hiervoor aangaf, dient mijns inziens de persoon die in een proces-verbaalakte blijkens de verklaring van de notaris een verklaring aflegt als partij aan die verklaring te worden gebonden. Artikel 37 lid 3 Wna staat aan die opvatting op zichzelf niet in de weg. De toelichting, die in een andere richting wijst, is op dit punt niet gemotiveerd en de rechter kan zonder bezwaar tot een ander oordeel komen."*

Wij menen dat deze samenvattende opmerking van Kraan relevant is, omdat artikel 37 lid 3 Wna de bewijskracht niet laat afhangen van het wel of niet mede ondertekenen van de akte door de betrokkene als "object van waarneming." Voor een *a-contrario* redenering biedt de bepaling op zichzelf beschouwd geen aanleiding, en al helemaal niet tegen de achtergrond van de dwingende bewijskracht ex artikel 157 lid 1 Rv in samenhang met de algemene bevoegdheid van de notaris ex artikel 2 Wna. Het artikel bepaalt slechts het rechtsgevolg indien van mede ondertekening sprake is. Meer dan dat staat er niet.

Als gevolg van de nieuwe – onderbouwde – inzichten van Kraan staat Waaijer sinds 2012 alleen in zijn afwijzing van de materiële bewijskracht. Hierna worden de vier door Waaijer geformuleerde argumenten tegen de materiële bewijskracht van partijverklaringen in proces-verbaalakten besproken.[318]

Het eerste door Waaijer aangevoerde – vaak bij veilingen gehanteerde – argument is dat de gebondenheid aan de niet ondertekende proces-verbaalakte niet kan worden aanvaard, omdat de notaris zich niet van de identiteit van de betrokkene heeft kunnen vergewissen. Volgens Kraan mag de notaris de akte in dat geval toch al niet passeren. Indien de notaris de betrokkene niet uit eigen wetenschap kent, dient hij zich van diens identiteit te overtuigen en indien dit niet mogelijk is, kan hij de identiteit niet vermelden.[319]

317 De Bruijn/Kraan 2012, p. 25.
318 Melis/Waaijer 2012, p. 167 e.v.
319 De Bruijn/Kraan 2012, p. 24 e.v.

Een tweede argument tegen de dwingende bewijskracht is volgens Waaijer het feit dat niet altijd duidelijk is wie de opdrachtgever is bij een proces-verbaalakte, omdat op de veiling zal moeten blijken wie de opdrachtgevers zijn. Het vereiste van een opdrachtgever zou in de lucht blijven hangen. Dit argument wordt door Waaijer zelf al gerelativeerd, omdat de notaris kan en moet vaststellen of aan de eis van één opdrachtgever is voldaan. Daarbij geldt de eis niet – zoals Waaijer ook zelf onderkent – dat de notaris *elke* in de akte genoemde persoon als opdrachtgever moet kwalificeren. Deze personen kwalificeren als "objecten van de waarneming" door de notaris, op dezelfde manier als dat bij een vergadering van aandeelhouders het geval is.[320] In aanvulling daarop zij ook verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 1913.[321] K. Wiersma wijst er verder op dat de opdrachtgever van de notaris niet eens aanwezig behoeft te zijn bij het waar te nemen evenement (zoals een aandeelhoudersvergadering of een veiling).[322] Slechts diegene die opdracht geeft aan de notaris, is partij bij de proces-verbaalakte. De conclusie is dat voor de notaris het duidelijk zal zijn – en zal moeten zijn – wie de opdrachtgever is.

Het derde argument van Waaijer tegen de dwingende bewijskracht is dat de proces-verbaalakte de handtekening van de partij niet kan ontberen, omdat het niet vast staat dat hij heeft willen compareren. Hiermee miskent Waaijer, dat de proces-verbaalakte nu juist in het leven is geroepen voor die gevallen, waarin de akte niet primair of uitsluitend is opgemaakt voor dat doel (een comparitie). Bij de proces-verbaalakte moet het voor de partijen op voorhand wel duidelijk zijn dat de akte zal worden opgemaakt en dat de notaris daarin zijn waarnemingen zal vastleggen, ongeacht de vraag of zij dit zelf van de notaris verlangen. De voorwaarde is dat zij van tevoren weten, althans konden weten, dat de notaris zijn waarnemingen zou vastleggen (zie § 3.1.3 en 3.1.6). De akte komt in dat geval rechtsgeldig tot stand, ook al zou achteraf een der betrokkenen niet wensen te tekenen.[323] De conclusie is derhalve dat het feit of een persoon die geldt als object van waarneming achteraf de vastlegging in een proces-verbaalakte niet wenst, irrelevant is, indien en voor zover hij tevoren hierover was geïnformeerd.

Het vierde argument van Waaijer tegen de dwingende bewijskracht is dat hij het ongerijmd vindt, dat het relaas van de notaris over de wilsuiting van een persoon in een zuivere proces-verbaalakte ambtelijke bewijskracht, dus dwingende bewijskracht tegen een ieder, zou kunnen hebben, terwijl de proces-verbaalakte die ten blijke van de instemming van diezelfde persoon door hem is mede ondertekend, wat die verklaring betreft bewijsrechtelijk niet meer oplevert dan dwingende bewijskracht tegenover de wederpartij (bijvoorbeeld in het geval van de koper op een veiling levert die verklaring bewijsrechtelijk niet meer op dan dwingende bewijskracht tegenover de verkoper).[324] Met Kraan menen wij dat Waaijer hier over het hoofd ziet dat in beide gevallen tegenover een ieder geldt dat een persoon een bepaalde verklaring heeft afgelegd, omdat de no-

320 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 102.

321 HR 20 juni 1913, *NJ* 1913, 790.

322 Veegens/Wiersma, p. 154.

323 Van Velten 1987, p. 167.

324 Melis/Waaijer 2012, p. 168.

taris verklaart dat die persoon de verklaring heeft afgelegd, wat in beide gevallen geldt tegenover een ieder. Het onderscheid is er immers in gelegen dat de dwingende bewijskracht van de inhoud van de verklaring in beide gevallen alleen geldt ten opzichte van degene die de verklaring heeft afgelegd.[325] Op grond van de ambtelijke verklaring in de proces-verbaalakte staat ten opzichte van een ieder vast dat een persoon een verklaring heeft afgelegd met een bepaalde inhoud. Echter, een verbintenis kan worden tegengeworpen aan degene die volgens de verklaring de verbintenis op zich heeft genomen en door degene die recht heeft op die prestatie.

Wij zouden aan het vorenstaande twee principiële overwegingen toe willen voegen. De eerste overweging is de volgende. Uit de partij-akte blijkt uit de verklaring van betrokkenen welke comparant zich tegenover welke andere comparant heeft willen verbinden. Bij de proces-verbaalakte moet blijken uit de vastlegging van de waarnemingen door de notaris welke persoon zich heeft verbonden tegenover welke persoon. Dat brengt mee dat in eerste instantie de wederpartij van degene die een verklaring heeft afgelegd rechten kan ontlenen aan de aldus bewezen en executeerbare verbintenissen, op grond van de materiële bewijskracht van de proces-verbaalakte en de daaraan verbonden executoriale kracht. Omgekeerd kan de koper op de veiling tegenover de verkoper de vordering tot levering uit hoofde van de dwingende materiële bewijskracht van de proces-verbaalakte afdwingen.[326] De tweede overweging is de volgende. Alle discussie neemt niet weg dat derden de rechtsgevolgen van de veiling, zoals dwingend blijkt uit de notariële proces-verbaalakte, behoudens tegenbewijs, eveneens hebben te respecteren. Zo is bijvoorbeeld de bieder met het op één na hoogste bod géén koper geworden. Ook hij wordt geconfronteerd met het rechtsfeit dat een derde op de veiling koper is geworden, en dat het dwingende bewijs hiervan wordt gevormd door de in de proces-verbaalakte opgenomen waarnemingen van de notaris. Deze bieder (met het op één na hoogste bod) zal alleen door tegenbewijs de dwingende bewijskracht van de akte op dit punt kunnen afnemen. Een ander voorbeeld van een derde die met rechtsgevolgen van de proces-verbaalakte wordt geconfronteerd, is de notaris die de biedprijs in *escrow* heeft genomen. Hij kan – en hij mag en hij moet – bepalen op grond van de proces-verbaalakte van de veiling of en zo ja tot welk bedrag hij tot uitbetaling van de koopprijs mag gaan. De notaris die de biedprijs in *escrow* heeft genomen mag ex artikel 157 Rv vertrouwen op de juistheid van de in de proces-verbaalakte (door de notaris waargenomen en vastgelegde) opgenomen verklaringen, hoewel hij geen partij was bij de ter veiling tot stand gekomen overeenkomst en daarbij mogelijk zelfs niet aanwezig was (wanneer hij niet dezelfde notaris is als hij, die de veiling waarneemt). Dit is niet wezenlijk anders bij een partij-akte. Derden hebben het rechtsfeit te respecteren wanneer de erflater anderen als erfgenamen heeft bedeeld.

Kraan beargumenteert zijn steun voor de materiële bewijskracht van de proces-verbaalakte als volgt.

325 De Bruijn/Kraan 2012, p. 24 e.v.

326 Rb 's-Hertogenbosch 2 maart 1917, *NJ* 1917, 88. De notaris had de proces-verbaalakte na de veiling onjuist geredigeerd, waardoor een bieder geen eigendomsrecht verkreeg.

"Naar ik meen valt er veel voor te zeggen om de verklaring van B ondanks zijn niet-ondertekening toch voor zijn rekening te brengen. De betekenis van de proces-verbaalakte voor wat betreft de door B afgelegde verklaring is immers dat jegens een ieder vaststaat dat B een bepaalde verklaring heeft afgelegd.
"De inhoud van deze verklaring staat op grond van de notariële waarneming jegens een ieder, ook jegens B, vast, net zoals dit bij de partij-akte vaststaat. Of B aan de gevolgen daarvan gebonden is en jegens wie hangt af van de inhoud van de verklaring.
"Het is echter inconsistent dat wel jegens een ieder vaststaat dat B een bepaalde verklaring heeft afgelegd, maar dat B niet als partij aan die verklaring zou zijn gebonden. Men dient daarom redelijkerwijs, anders dan verdedigd in de vorige druk van dit werk, de notariële partij-akte en de notariële proces-verbaalakte in zoverre aan elkaar gelijk te stellen dat beide tegenover een ieder vaststellen dat bepaalde partijen- in dit geval A en B – een verklaring van een bepaalde, in de akte opgenomen, inhoud hebben afgelegd en dat ook de door B afgelegde verklaring geldt als partijverklaring. Uiteraard zijn slechts deze partijen aan die overeenkomst gebonden.
"Bij de partij-akte ontstaat de gebondenheid door de ondertekening door partijen, bij de proces-verbaalakte door de waarneming van de notaris. Bij de proces-verbaalakte kan deze gebondenheid ontstaan omdat de strekking van deze akte gebondenheid zonder ondertekening meebrengt."[327]

Daarmee treedt Kraan in de voetsporen van De Bruijn, die al onder de oude wet (artikel 31 Wn) tot de voorstanders van de materiële bewijskracht van in de proces-verbaalakte opgenomen partijverklaringen gerekend mocht worden.[328] De betrokkene zal tegenbewijs dienen te leveren, indien hij zich achteraf tegen de vastlegging wil verzetten. Hiermee zijn de bezwaren van Waaijer inhoudelijk besproken en onzes inziens weerlegd.

Ter afronding van dit onderwerp willen wij de volgende eigen argumenten tegen de benadering van Waaijer toevoegen aan de discussie. Wij menen dat het betoog van Waaijer, dat niet aan de notariële akte als geheel dwingende bewijskracht toekomt, maar uitsluitend aan die delen van het notariële relaas die kwalificeren als waarnemingen en verrichtingen in de hiervoor aangeduide zeer beperkte zin, ten principale dient te worden afgewezen. Wij voeren hiervoor twee argumenten aan.

Het eerste argument is, dat het betoog in strijd is met de wettelijke regeling van de bewijskracht van authentieke akten. De notariële akte heeft uitwendige bewijskracht (artikel 159 Rv): het stuk dat eruit ziet als een notariële akte wordt tot op bewijs van het tegendeel voor een akte gehouden. De notariële akte heeft formele bewijskracht: het staat vast dat verklaard is conform hetgeen in de akte staat. De notariële akte heeft ook materiële bewijskracht. Immers, het wordt inhoudelijk als waar aangenomen wat een partij verklaart of wat de notaris in de proces-verbaalakte over een partijverklaring heeft verklaard, behoudens tegenbewijs (ten aanzien van de verklaring van de

327 De Bruijn/Kraan 2012, p. 24.
328 De Bruijn 1960, p. 35/36.

notaris ex artikel 157 lid 1 Rv, en in geval van een partij-akte of de mede ondertekening van een proces-verbaalakte ten aanzien van de betrokkene ex artikel 157 lid 2 Rv). De wet sluit uit dat er akten zijn die zowel passages van dwingende bewijskracht als van vrije bewijskracht door elkaar heen zouden kunnen bevatten, althans dat van elke akte elke passage op dit punt afzonderlijk zou moeten worden beoordeeld. Hooguit kan worden gezegd dat het in de kern gaat om de ambtsuitoefening door de notaris, en om zijn oordeel over zijn bevoegdheid om de akte in een concreet geval te mogen passeren.[329] De wettelijke regeling impliceert voorts tegen de integrale dwingende bewijskracht van de notariële akte, dat tegenbewijs is toegelaten. Het kan achteraf blijken dat de juistheid van het notariële relaas op onderdelen wordt weerlegd. Derhalve zal de notaris – omwille van de rechtszekerheid – ervoor moeten waken dat de akte verklaringen van de notaris zelf bevat die eenvoudig kunnen worden weerlegd (omdat de notaris twijfelt aan zijn waarneming). Dit neemt niet weg, dat het passeren van de akte uitsluitend ter beoordeling van de notaris is, en de akte – eens gepasseerd – integraal dwingende bewijskracht heeft, totdat tegenbewijs is geleverd.

Het tweede argument is dat de conclusie van Waaijer innerlijk tegenstrijdig is met zijn conclusie dat de notaris een algemene bevoegdheid heeft om akten te passeren. Dit is een door hem benadrukt verschil tussen het notarisambt en andere ambten, zoals dat van de gerechtsdeurwaarder (zie § 3.1). Van de notaris die een algemene bevoegdheid heeft tot waarneming, kan vervolgens niet worden gezegd dat het neerleggen van het door hem waargenomene in de akte zonder (het karakteristieke) rechtsgevolg zou kunnen zijn, omdat waarnemingen anders dan plaats, datum en tijd, al snel buiten zijn bevoegdheid zouden vallen. Ofwel de notaris heeft een algemene bevoegdheid, ofwel zijn bevoegdheid reikt niet zover. Het is van tweeën één. De wet houdt geen beperking in ten aanzien van de vraag *wat* de notaris mag waarnemen of *welke verrichtingen* hij in het kader van het passeren van de akte meent te moeten verrichten. De beperking is uitsluitend van feitelijke aard en daarin gelegen dat de notaris bijvoorbeeld iets niet heeft waargenomen, of dat hij onvoldoende zeker is van wat hij heeft waargenomen. Ook dat is ter beoordeling aan de notaris in een concrete situatie. In aanvulling op hetgeen door Kraan is vermeld, achten wij op grond van deze twee aanvullende argumenten het betoog van Waaijer – principieel – onjuist. Bovendien menen wij dat Waaijers theorie in strijd is met artikel 157 Rv, zoals al door Huijgen is opgemerkt. Dit maakt de beperkte interpretatie onhoudbaar.

3.3.6 Jurisprudentie over de materiële bewijskracht

Kraan noemt twee gerechtelijke uitspraken, die zijn betoog aangaande de materiële bewijskracht van de proces-verbaalakte houdende partijverklaringen ondersteunen.[330]

De eerste uitspraak dateert van 1927 en ziet op de vraag, of bij een openbare verkoop waarbij de koper zich voor het sluiten van de akte had verwijderd en de akte dus niet had ondertekend, daarvan een grosse kon worden afgegeven. Het gaat derhalve om een proces-verbaalakte houdende

329 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 87-88.
330 De Bruijn/Kraan 2012, p. 25 e.v.

een partij-verklaring, die niet door de betrokkene is mede ondertekend in de zin van (het huidige) artikel 37 lid 3 Wna. De rechtbank beantwoordde de vraag naar de gebondenheid bevestigend op grond van de "bijzondere geloofwaardigheid van de authentieke akte."[331] Deze uitspraak is niet betrokken in de literatuur. Was dit anders geweest, dan had deze uitspraak mogelijk de vermeende onzekerheid (zie § 3.3.4) kunnen relativeren of wegnemen.

De tweede uitspraak, uit 2007, betrof een proces-verbaal van een vergadering van een Vereniging van Appartementseigenaren, bestaande uit twee leden, van wie de een beschikte over acht stemmen (A) en de ander over zeven (B).[332] Daarbij werd vastgesteld dat opdracht zou worden gegeven tot reparatie van het dak in overeenstemming met een uitgebrachte offerte. De authentieke akte strekte volgens de voorzieningenrechter *in casu* slechts tot vastlegging van het verloop van de vergadering en daarin genomen besluiten en "niet tot het bewijs van het bestaan van een schuld en een vordering van A op B en (…) kan daarom naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet dienen als executoriale titel ter incassering van de gestelde vordering." Volgens Kraan werd het proces-verbaal echter wel degelijk kennelijk mede opgemaakt om de omvang van het verhaalsrecht van A op B vast te stellen en de akte hield de omvang daarvan ook in.[333]

Kraan wijst erop dat het belang is gelegen in het feit dat uit de overwegingen van de rechter blijkt dat de waarnemingen van de notaris op zichzelf voldoende zijn om te concluderen tot de executabiliteit van de door die waarneming vastgestelde verplichtingen. Aan de betekenis van een eventuele ondertekening van het proces-verbaal of aan het ontbreken daarvan, wordt door de rechter geen woord gewijd. Het ligt voor de hand dat de rechter dat niet heeft gedaan, omdat de authentieke akte nu eenmaal dwingende bewijskracht bezit, aldus Kraan.

Bij arrest van 13 mei 2016 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de bewijskracht van een in een authentieke en onderhandse akte opgenomen partijverklaring (het ging in casu om een partij-akte). [334]

> *"Ingevolge art. 157 lid 2 Rv levert een authentieke of onderhandse akte, behoudens de in die bepaling vermelde uitzondering, ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van deze verklaring. Op grond van art. 151 lid 2 Rv staat tegen dit dwingend bewijs tegenbewijs open, dat volgens art. 152 lid 1 Rv door alle middelen mag worden geleverd, tenzij de wet anders bepaalt. De mogelijkheid tegenbewijs tegen de akte te leveren is niet beperkt tot de stelling dat anders is verklaard*

331 Rb Amsterdam 6 mei 1927, *NJ* 1928, p. 955.

332 Rb Haarlem (vzr.) 17 september 2007, *LJN* BB 4061.

333 De notaris had in de proces-verbaalakte vastgesteld in welke verhouding de eigenaren zouden bijdragen aan de kosten, wie opdracht zou geven tot betaling en dat bij weigering tot betaling de kosten van verhaal voor de weigerachtige eigenaar waren. Nadat A op grond van de akte over wilde gaan tot verhaal op B voor diens deel van de kosten, kwam de zaak voor de voorzieningenrechter.

334 HR 13 mei 2016, *NJ* 2016/256.

dan in de akte is opgenomen. Het tegenbewijs kan ook betrekking hebben op de stelling dat de in de akte opgenomen verklaring niet overeenstemt met de werkelijkheid.”

In zijn conclusie benoemt advocaat-generaal M.H. Wissink de kwestie in hoeverre er onderscheid gemaakt dient te worden tussen de in de akte opgenomen partij-verklaring en de door de notaris weergegeven waarneming daarover in de partij-akte, en zo ja, in hoeverre de bedoelde waarnemingen binnen de kring van zijn bevoegdheid vallen als bedoeld in artikel 157 Rv. Dit onderwerp is niet behandeld door de Hoge Raad, omdat de Rechtbank al dwingende bewijskracht op dit punt had toegekend.

“Normaliter zal het debat zich dan ook richten op de bewijskracht van de in de akte opgenomen partijverklaring: kan deze partij ontkrachten dat waar is wat zij in de akte heeft verklaard?
In het onderhavige geval speelt echter een complicatie.
De notariële leveringsakte vermeldt aan het slot de volgende waarnemingen van de notaris:
- de comparanten zijn de notaris bekend;
- ik, notaris, heb de zakelijke inhoud van de akte meegedeeld aan de comparanten en daarop toelichting gegeven, inclusief de uit de inhoud van de akte voortvloeiende gevolgen; en
-de comparanten verklaren van de inhoud van de akte kennis te hebben genomen en
daarmee in te stemmen.
Het gaat om de waarneming van de notaris dat partijen bij de partij-akte hebben verklaard dat zij met de inhoud van de akte instemmen.
…
“Als er aanleiding is om een onderscheid [te maken] tussen de partijverklaring in de akte (waarop art. 157 lid 2 Rv ziet) en de waarneming van de notaris dat een partij heeft verklaard met de inhoud van de akte in te stemmen, rijst een vervolgvraag. Valt deze waarneming van de notaris binnen de kring van diens bevoegdheid als bedoeld in art. 157 lid 1 Rv? Alleen bij een bevestigende beantwoording kent art. 157 lid 1 Rv aan die waarneming dwingende bewijskracht toe. Deze vraag behoeft in het onderhavige geval echter geen beantwoording. Immers, de rechtbank hééft bewijskracht toegekend aan deze waarneming van de notaris (zie bij 3.13.3) en – en dát is de complicatie – het hof diende in appel uit te gaan van de juistheid van dat oordeel. Uit de aanhef van rov. 2 blijk dat het hof zich van dat laatste bewust was.
“Tegen deze achtergrond zal naar mijn mening de klacht van subonderdeel 1.1 moeten falen, omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof heeft niet miskend dat ook als een partij niet stelt bij de notaris anders te hebben verklaard dan de notariële akte vermeldt, het deze partij nog steeds vrijstaat om te bewijzen dat zijn of haar verklaring bij de notaris conform de notariële akte niet waar is. Het hof heeft echter geoordeeld dat blijkens rov. 4.2 van het vonnis in het onderhavige geval vast staat dat Benu bij de notaris heeft bevestigd dat de leveringsakte de rechtsverhouding juist weergeeft en dat Benu in hoger beroep geen daartegen gericht bewijsaanbod heeft gedaan.”

Wij betwijfelen eveneens of er aanleiding is om het onderscheid te maken tussen de partijverklaring in de akte en de waarneming van de notaris dat een partij heeft verklaard met de inhoud van de (partij-)akte in te stemmen. Immers, de waarneming van de notaris in de onderhavige situatie vloeit rechtstreeks voort uit de op de notaris rustende zorgplicht bij de partij-akte ex artikel 43 lid 1 Rv (zie hoofdstuk 6). Indien de notaris *niet* de indruk heeft dat de partij, zijnde een comparant, met de inhoud van de (partij-)akte instemt, zal hij niet tot het passeren over mogen gaan. Het valt alleen al daarom niet in te zien hoe de bedoelde waarneming *buiten* de kring van de bevoegdheid van de notaris zou kunnen vallen. Mogelijk was dit voor de Rechtbank zo vanzelfsprekend dat deze de dwingende bewijskracht heeft toegekend zonder erbij stil te staan dat hiermee impliciet de waarneming van de notaris op dit punt werd gekwalificeerd als binnen de kring van zijn bevoegdheid.

Wij herhalen hier de relevantie van de aard van de opdracht tot het passeren van een partij-akte. Indien de notaris een dergelijke opdracht aanvaardt, is hij op grond van zijn algemene bevoegdheid gerechtigd om *al* zijn waarnemingen in de akte vast te leggen. Dit zal bij een veiling of een aandeelhoudersvergadering per definitie partijverklaringen behelzen. Ex artikel 157 lid 1 Rv kan niet gezegd worden dat hij deze waargenomen partijverklaringen buiten zijn bevoegdheid heeft vastgelegd. Integendeel, het doel van de aanwezigheid van de notaris was nu juist het vastleggen van hetgeen zich voordoet tijdens de aandeelhoudersvergadering of veiling, derhalve met inbegrip van partijverklaringen, ongeacht of dit wilsverklaringen ('mijn') van bieders of meningen van aandeelhouders zijn.

3.3.7 Partijverklaringen in een dagvaarding

Gegeven de verschillende opvattingen die in de loop van de tijd zijn geuit, zullen wij hierna onderzoeken in hoeverre een argument kan worden ontleend aan het proces-verbaal van de gerechtsdeurwaarder, voor het accepteren van de dwingende bewijskracht van in de notariële proces-verbaalakte opgenomen partijverklaringen (zie de verwijzing daarnaar door Huijgen in § 3.3.4). Een dagvaarding is immers eveneens een authentieke akte als bedoeld in artikel 157 Rv, en evenals de notariële proces-verbaalakte wordt een dagvaarding door een ambtenaar – in dit geval een gerechtsdeurwaarder – opgemaakt en uitsluitend door hem ondertekend (artikel 45 lid 5 Rv).

Een dagvaarding kan partijverklaringen bevatten, indien en voor zover deze binnen de kring van de bevoegdheid van de gerechtsdeurwaarder door hem zijn waargenomen. Bij een dagvaarding wordt aangenomen dat dit mede het geval is bij het vastleggen van de verklaring van de persoon die het exploot in ontvangst neemt, ook indien dit een ander is dan de gedaagde zelf. Het exploot zal het verslag van de door de gerechtsdeurwaarder waargenomen verklaring bevatten, in die zin dat vermeld staat aan wie het exploot is uitgereikt. Deze verklaring van de gerechtsdeurwaarder is gebaseerd op de verklaring van degene die de notaris te woord staat bij het openen van de deur.[335]

335 Groene Serie, Burgerlijke Rechtsvordering 2012, artikel 157 Rv aant. 7.3 en 7.4.

De dwingende materiële bewijskracht van de in deze proces-verbaalakte opgenomen verklaring wordt algemeen aangenomen. Ook de rechter accepteert de dwingende bewijskracht van de ambtelijke getuigenverklaring van de gerechtsdeurwaarder, behoudens tegenbewijs. Het vertrouwen dat wordt gesteld in de gerechtsdeurwaarder brengt mee, dat hij op grond van artikel 157 Rv als ambtenaar op zijn woord wordt geloofd. De bijzondere geloofwaardigheid van de notaris zou voor die van de deurwaarder niet onder behoeven te doen, omdat de wet de bewijskracht van de ambtelijke verklaringen aan elkaar gelijk stelt.

Hiertegen kan worden aangevoerd, dat de gerechtsdeurwaarder bij het uitreiken van de dagvaarding of oproeping handelt op grond van een exclusieve, rechtstreekse wettelijke bevoegdheid met een specifiek doel (artikel 2 Gdw). Echter, de wettelijke bevoegdheid van de notaris gaat verder dan die van de gerechtsdeurwaarder en omvat opdrachten van partijen met een redelijk civielrechtelijk belang bij vastlegging. Van de notaris die handelt op verzoek van een opdrachtgever, kan daarom niet gezegd worden dat hij buiten zijn wettelijke bevoegdheid zou treden, nu deze bevoegdheid van algemene aard is (zie § 3.3.4).

De conclusie is dat de dwingende materiële bewijskracht van een dagvaarding van de gerechtsdeurwaarder houdende door hem waargenomen partijverklaringen, zonder dat deze akte door de betrokkene is ondertekend, algemeen is geaccepteerd. Dit vormt een aanvullend argument voor het aannemen van de dwingende materiële bewijskracht van een ambtsedig opgemaakte verklaring van de notaris, ook in het geval van een niet door de betrokkene ondertekende proces-verbaalakte houdende partijverklaringen. Het gaat in beide gevallen om een authentieke akte, houdende een partijverklaring zonder ondertekening van de betrokkene.

3.3.8 De relatie tussen artikel 157 lid 2 Rv en artikel 37 lid 3 Wna

In deze paragraaf behandelen wij ten slotte de vraag of op grond van artikel 157 Rv geconcludeerd moet worden tussen een verschil in bewijskracht in het geval de notariële proces-verbaalakte niet is mede ondertekend (artikel 157 lid 1 Rv) en in het geval deze wel is mede ondertekend door de betrokkene (artikel 157 lid 2 Rv). Wij worden hiertoe aangezet door de volgende aantekening [onderstreping toegevoegd]:[336]

> *"Anders dan onder het oude bewijsrecht, heeft de authentieke akte bewijskracht tegenover een ieder, dus ook tegenover derden die niets met de in de akte genoemde rechtsbetrekking te maken hebben. Deze (externe) bewijskracht is echter uitsluitend verbonden aan de verklaring van de relaterend ambtenaar binnen de kring van zijn bevoegdheid. Dus niet aan de inhoud van de verklaringen van de partijen."*

Afgaande op de letterlijke tekst van artikel 157 Rv zouden daarmee de volgende verschillen kunnen worden onderkend:

336 Rutgers, 2012.

a. Art. 157 lid 1 Rv "verleent" dwingende bewijskracht aan wat de notaris verklaart omtrent zijn waarneming en verrichtingen, gedaan binnen de kring van zijn bevoegdheid. Hierdoor komt de waarneming (bewijsrechtelijk) jegens een ieder vast te staan, behoudens tegenbewijs; hierbij is te denken aan de (in een proces-verbaalakte opgetekende) waarneming door de notaris dat partij A verklaart dat hij een bepaald aanbod aanvaardt.
b. Art. 157 lid 2 Rv "verleent" dwingende bewijskracht aan de verklaring van een partij, na ondertekening. Hiermee staat de juistheid van de verklaring bewijsrechtelijk jegens de wederpartij vast, behoudens tegenbewijs; hierbij is te denken aan een door een partij ondertekende partij-akte waarin een partij verklaart dat hij een bepaald aanbod aanvaardt.
c. Art. 37 lid 3 Wna stelt als het ware de waarneming van een partij-verklaring door de notaris en de verklaring van een partij op één lijn, indien de desbetreffende partij mee-ondertekent (hierbij is te denken aan de onder a. genoemde waarneming in een proces-verbaalakte, die door de desbetreffende partij wordt mee-ondertekend. Daarmee krijgt dan de waarneming door de notaris van de verklaring van de desbetreffende partij de bewijskracht van art. 157 lid 2 Rv (het bewijs van de inhoud van de verklaring ten opzichte van de wederpartij*)*.

Indien er een verschil bestaat, lijkt dit – praktisch bezien – nihil, maar volgens de tekst van artikel 157 lid 1 Rv en artikel 157 lid 2 Rv bestaat kennelijk wel enig verschil.

Wij menen dat de tekst van artikel 157 Rv geen aanleiding vormt voor een verschil in bewijskracht tussen lid 1 en lid 2 in het geval van een waargenomen partijverklaring in een proces-verbaalakte. In beide gevallen, met of zonder ondertekening, staat tegenover een ieder vast dat een persoon een bepaalde verklaring heeft afgelegd, omdat de notaris verklaart dat die persoon de verklaring heeft afgelegd, (de formele bewijskracht van de akte), als bedoeld onder a. Daarbij staat wel degelijk ook de juistheid van de door de notaris waargenomen verklaring vast (de materiële bewijskracht van de akte), zowel in de situatie onder a. (artikel 157 lid 1 Rv) als onder b. (artikel 157 lid 2 Rv). Ook de materiële bewijskracht van de verklaring van de notaris geldt jegens een ieder.

Dat een waargenomen partijverklaring per definitie buiten de kring van de bevoegdheid van de notaris zou vallen, lijkt ons juist in het geval van een partij-akte, maar onjuist in het geval van de proces-verbaalakte.

Bij de proces-verbaalakte geldt nu juist dat de bevoegdheid tot het doen van waarnemingen van de notaris aanzienlijk is uitgebreid ten opzichte van de partij-akte. Immers, het hele doel van het laten waarnemen door de notaris van bijvoorbeeld een veiling of van een aandeelhoudersvergadering is, dat de daar afgelegde verklaringen (wilsuitingen, meningen, enz.) zo nauwkeurig mogelijk door hem worden opgetekend. Dit betekent, dat als partijen ter veiling of vergadering verschijnen "in de wetenschap dat de notaris gereed zit om hun verklaringen te relateren, zij op hun woorden moeten passen, want, eens geuit, kunnen zij die niet terugnemen" (zie § 3.1.3). Met andere woorden: heeft de notaris eenmaal de opdracht aanvaard tot waarneming, dan zullen de

door hem gedane waarnemingen per definitie binnen de kring van zijn bevoegdheid vallen. De algemene bevoegdheid van de notaris staat dit nadrukkelijk toe.

Een onderscheid is wel dat de dwingende bewijskracht van de inhoud van de verklaring in beide gevallen alleen geldt ten opzichte van degene die de verklaring heeft afgelegd.[337] Op grond van de ambtelijke verklaring in de proces-verbaalakte staat ten opzichte van een ieder vast dat een persoon een verklaring heeft afgelegd met een bepaalde inhoud. Echter, een verbintenis kan worden tegengeworpen aan degene die volgens de verklaring de verbintenis op zich heeft genomen door degene die recht heeft op die prestatie. Ook dat onderscheid dient in gelijke mate te worden gemaakt zowel in de situatie van een proces-verbaalakte ex artikel 157 lid 1 Rv (zonder mede ondertekening) als van artikel 157 lid 2 Rv (na mede ondertekening).

Wij merken ten slotte nogmaals op dat de bewijskracht van de partijverklaring ex artikel 37 lid 3 Wna niet afhankelijk wordt gesteld van ondertekening. Het artikellid bepaalt uitsluitend het rechtsgevolg van ondertekening.

3.3.9 Conclusies over de bewijskracht in relatie tot de executabiliteit

Lange tijd is verschillend gedacht over de materiële bewijskracht van (door de notaris waargenomen) partijverklaringen in de proces-verbaalakte. Daarbij werd onderscheid gemaakt tussen het geval waarin de partij die de verklaring aflegde de proces-verbaalakte wel mede ondertekende en het geval waarin hij dit niet deed. Een grondige analyse van de literatuur, het wettelijk stelsel en de jurisprudentie leidt ons tot de conclusie dat aanvankelijk (sinds 1838) de materiële bewijskracht van authentieke akten in het algemeen niet werd erkend, en dat slechts de formele bewijskracht ervan werd aanvaard. Eerst na 1900 is daar gaandeweg verandering in gekomen. In de tweede helft van de 20e eeuw groeide het besef dat de dwingende materiële bewijskracht de kern is van de ambtelijke bewijskracht. De discussie die binnen het notariaat in de afgelopen decennia werd gevoerd, werd gedomineerd door de vraag of aan de partijverklaring in de proces-verbaalakte, in het geval de betrokkene de proces-verbaalakte niet had meegetekend, vrije bewijskracht toekomt. Deze vraag vloeide voort uit artikel 37 lid 3 Wna. Dit artikel bepaalt, dat een proces-verbaalakte, die ten bewijze van instemming mede is ondertekend door een of meer bij de inhoud belanghebbende personen, dan tevens geldt te hunnen opzichte als partij-akte voor wat betreft de bewijskracht van de daarin vermelde waarnemingen van de notaris. Hieruit werd door sommigen (met inbegrip van de toenmalige staatssecretaris in 1997) vervolgens a-contrario afgeleid, dat de niet ondertekende akte houdende verklaringen niet de bewijskracht zou hebben van de partij-akte, in de zin van de materiële bewijskracht. Men meende kennelijk dat artikel 37 lid 3 Wna de dwingende bewijskracht liet afhangen van het wel of niet ondertekenen van de akte, en bij gebreke van ondertekening leidde men hieruit de vrije bewijskracht af. Uit de elementen van de tekst van artikel 37 lid 3 Wna (zie § 3.3.2) valt echter niet af te leiden, dat artikel 37 lid 3 Wna de

337 De Bruijn/Kraan 2012, p. 24 e.v.

dwingende bewijskracht afhankelijk stelt van mede-ondertekening. Het artikel bepaalt slechts wat het rechtsgevolg is indien de ondertekening plaats heeft gevonden.

Er is thans een overtuigende argumentatie ter verdediging van de leer, dat de materiële bewijskracht zich ook uitstrekt over door de notaris waargenomen partijverklaringen. De bewijskracht vloeit dan niet voort uit het ondertekenen door de comparant, maar uit de ambtelijke bevoegdheid waarmee de notaris heeft waargenomen ex artikel 157 lid 1 Rv. Alleen Waaijer erkent de materiële bewijskracht van de niet-ondertekende proces-verbaalakte niet. Hij staat hierin, sinds Kraan de materiële bewijskracht in 2012 aanvaardde, alleen. De bezwaren van Waaijer zijn door Kraan onzes inziens overtuigend weerlegd, met een beroep op de wetsgeschiedenis en jurisprudentie. In ons onderzoek hebben wij daarenboven twee principiële bezwaren tegen de benadering van Waaijer geuit. De materiële bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte, met inbegrip van partijverklaringen, zien wij tot op de dag van vandaag in de praktijk van executoriale veilingen keer op keer als juist bevestigd. Wij hebben tenslotte onderzocht of aan de bewijskracht van waargenomen verklaringen in ambtsedig opgemaakte documenten van de gerechtsdeurwaarder een argument valt te ontlenen ter ondersteuning van de juistheid van de leer van de materiële bewijskracht. Onze conclusie is dat de dwingende materiële bewijskracht van de dagvaarding van de gerechtsdeurwaarder houdende partijverklaringen zonder dat deze door de betrokkene is ondertekend, geaccepteerd is.

3.3.10 De betekenis van artikel 37 lid 3 Wna verklaard

Nu wij hebben vastgesteld dat het niet mee ondertekenen van een proces-verbaalakte in de zin van artikel 37 lid 3 Wna niet meebrengt, dat aan de proces-verbaalakte geen materiële dwingende bewijskracht toekomt, maar dat de juistheid van de inhoud van die verklaring, behoudens tegenbewijs, dwingend vast staat ex artikel 157 lid 1 Rv, rijst een nieuwe vraag. Deze vraag luidt: indien er bewijsrechtelijk geen verschil bestaat, omdat aan de door de notaris waargenomen partij-verklaring in de notariële proces-verbaalakte dwingende bewijskracht toekomt, wat is dan nog de betekenis van artikel 37 lid 3 Wna? Immers, ongeacht zijn instemming is de persoon (als "object van waarneming") aan de juistheid van zijn – door de notaris weergegeven – verklaring gebonden. Anders geformuleerd: heeft artikel 37 lid 3 Wna nog wel een betekenis? De gedachte dringt zich op, dat de wetgever misschien een vergissing heeft gemaakt, en dat artikel 37 lid 3 Wna overbodig is.

Deze rechtsvraag hebben wij in de literatuur niet aangetroffen. Wel kan men uit de discussie afleiden, dat de "tegenstanders" van de dwingende bewijskracht uit het verleden zijn uitgegaan van de aanname, dat artikel 37 lid 3 Wna dan geen enkele functie meer zou hebben. Indien een "object van waarneming" zou zijn gebonden aan de door de notaris waargenomen en in de proces-verbaalakte neergelegde verklaring, zonder dat deze de proces-verbaalakte zou hebben mee ondertekend, was niet duidelijk waarom artikel 37 lid 3 Wna in de wet was opgenomen. Deze impliciete aanname lijkt ons eveneens ten grondslag te liggen aan de *a-contrario* redenering van de toenmalige staatssecretaris (zie § 3.3.3): *"Hieruit volgt daarom dat als de akte niet door die*

personen is mede-ondertekend, de verklaringen van de notaris geen andere waarde hebben dan een getuigenverklaring.”

Nu wij deze vraag expliciet hebben opgeworpen, menen wij dat wij hierop ook een antwoord verschuldigd zijn, althans dat wij in elk geval zouden moeten trachten om het bestaansrecht van de bepaling te verhelderen. Hiermee herleeft tegelijkertijd de relevantie van de door Huijgen opgeworpen vraag waarom een akte niet zowel partij-akte als proces-verbaalakte zou kunnen zijn, en ook die vraag zullen wij verder behandelen.

Onzes inziens laat de betekenis van artikel 37 lid 3 Wna zich als volgt verklaren. Aan de door de notaris waargenomen en vastgelegde partijverklaring in de notariële proces-verbaalakte komt ex artikel 157 Rv dwingende bewijskracht toe, behoudens tegenbewijs. Het staat derhalve elke aanwezige op een veiling, met inbegrip van de betrokkene zelf, als het “object van waarneming”, vrij om tegenbewijs te leveren tegen de juistheid van het relaas van de notaris in de akte. Zolang dat tegenbewijs niet is geleverd,[338] is de betrokkene in hoedanigheid van “object van waarneming” gehouden aan hetgeen volgens de notaris in zijn ambtelijke bevoegdheid werd vastgesteld als afgelegde verklaring met een bepaalde inhoud.

Tegenbewijs kan bijvoorbeeld worden geleverd door een concurrerende bieder, die mogelijk meent dat hij op de veiling een hoger bod heeft uitgebracht, wat door de notaris niet is waargenomen, maar waarvan hij meent tegenbewijs te kunnen leveren (bijvoorbeeld door getuigenverklaringen of een video-opname). Dit tegenbewijs kan ook worden geleverd door de betrokkene zelf, die mogelijk meent dat hij op de veiling niet het hoogste bod heeft uitgebracht, of heeft willen uitbrengen, wat door de notaris niet is waargenomen, maar waarvan hij meent tegenbewijs te kunnen leveren. Indien het tegenbewijs slaagt, dan kan vervolgens (in rechte) worden vastgesteld dat het object van waarneming de partijverklaring niet heeft afgelegd op de wijze waarop het is vermeld in het relaas van de notaris.

Indien de betrokkene echter besluit om de akte mee te ondertekenen, dan geldt de akte jegens hem tevens als een partij-akte en geldt de betrokkene niet langer slechts als “object van waarneming” maar ook als “comparant.” Het mee ondertekenen van de proces-verbaalakte dienen wij ten principale op te vatten als “een daad van berusting” in de betekenis van “aanvaarding” of “onderwerping.” De betrokkene bevestigt conform de tekst van artikel 37 lid 3 Wna hiermee zijn instemming met hetgeen de notaris heeft verklaard over zijn eigen verklaring en schept daarvan willens en wetens bewijs tegen zichzelf. Met andere woorden: de betrokkene erkent dat hij een verklaring heeft afgelegd op de tijd en plaats als door de notaris waargenomen, en dat de inhoud hiervan zoals door de notaris vastgelegd, juist is.

338 Voor het tegenbewijs zie § 2.3.1.

Materieel kan het mee ondertekenen bijna worden gezien als een afstand van het recht om tegenbewijs te leveren. Immers, de persoon die de akte mee ondertekent doet hiervan weliswaar geen afstand in formele zin. Hij zou ook als comparant bij een partij-akte het recht hebben gehad om tegenbewijs te leveren. Maar wel maakt hij materieel het recht op tegenbewijs vrijwel illusoir, door het tegenovergestelde te bevestigen, namelijk dat hetgeen in de akte omtrent zijn verklaring is vermeld, juist is. Hiermee wil hij immers bewijs scheppen tegen zichzelf van de juistheid van de verklaring zoals waargenomen door de notaris. Het meetekenen bevestigt niet alleen dat de betrokkene instemt met het relaas van de notaris, maar het wekt ook de verwachting dat hij niet voornemens is om hier iets tegenin te brengen. Hiermee is de verwarring in de parlementaire geschiedenis over de complexe passage van Lubbers in het handboek van Melis op dit punt verklaard (zie hiervoor § 3.3.3).

> *"Toegepast op het klassieke voorbeeld van degeen, die – na in een veiling «mijn» geroepen te hebben – zich zonder ondertekening van het procesverbaal verwijdert, stellen de bewerkers van de vijfde druk: «Dit procesverbaal behelst nu géén schriftelijke partij-verklaring in de zin van: door een partij als zodanig ondertekende verklaring. Doch dat hij gemijnd hééft, wordt verplicht volledig bewezen (behoudens tegenbewijs, doch tegenbewijs is ook mogelijk, zij het wellicht moeilijker, als hij wèl ondertekend heeft) door hetgeen het proces-verbaal hem in de mond legt."*[339]

Ik meen dat onze hiervoor omschreven uitleg identiek is aan hetgeen Lubbers in het slot heeft aangegeven. Lubbers betoogt dat de notariële proces-verbaalakte ook dwingend bewijs levert van de inhoud van de verklaring en de juistheid ervan, zonder dat is meegetekend. Bovendien mag de betrokkene die de proces-verbaalakte wel heeft mede ondertekend in de zin van artikel 37 lid 3 Wna (in theorie) nog steeds tegenbewijs leveren. Echter, dit lijkt Lubbers "wellicht moeilijker". Het lijkt ons een vrijwel onmogelijke opgave in de praktijk. Immers, de betrokkene zal niet alleen tegenbewijs zal moeten leveren (i) tegen de inhoud van de ambtelijke verklaring, maar ook (ii) tegen zijn eigen eerdere instemming met het ambtelijke relaas.

Voor de betrokkene die aldus de akte mede heeft ondertekend, heeft de akte gelding als (i) een proces-verbaalakte en (ii) als een partij-akte (§ 3.3.2). Alleen jegens hem heeft de akte gelding in deze beide opzichten. Anders dan Huijgen menen wij dat de aanhef van de notariële akte daarom niet gewijzigd dient te worden in het geval één of meer betrokkenen de akte mede ondertekenen in de zin van artikel 37 lid 3 Wna (zie § 3.3.2). Formeel blijft sprake van een proces-verbaalakte, omdat volgens artikel 37 Wna een akte in zijn algemeenheid niet zowel een proces-verbaalakte als een partij-akte kan zijn, maar slechts één van de twee soorten akten. De proces-verbaalakte is bedoeld als een verslag van de notaris omtrent het door hem waargenomene. De aanhef van de akte verandert daarmee niet. Vanwege het karakter van een verslag achteraf menen wij overigens dat de aanhef zeer wel zou kunnen luiden: "*Heden verklaar ik, notaris, dat*". Voorts menen wij dat de notaris aan het slot van de akte een passage kan opnemen in de zin van "*Deze proces-*

339 *Kamerstukken II* 1997/98, 23 706, nr. 16, p. 39.

verbaalakte is op [datum/tijd] mee ondertekend door [naam] ten bewijze van zijn instemming. Deze akte geldt op grond van artikel 37 lid 3 Wna ten opzichte van hem tevens als partij-akte voor wat betreft de bewijskracht van de daarin door mij, notaris, vermelde waarnemingen" of woorden van een dergelijke strekking (zie § 3.3.2).

Formeel blijft er derhalve sprake van een proces-verbaalakte; alleen in relatie tot de betrokkene die mede ondertekent, heeft de akte tevens het karakter van een partij-akte. Bij gebreke van een derde wettelijke categorie (partij-proces-verbaalakten) is de akte uitsluitend te kwalificeren als een proces-verbaalakte, die door de betrokkene is mede ondertekend, ten blijke van zijn instemming. Hiermee is tevens de door Huijgen opgeworpen vraag beantwoord.

Wij vatten het vorenstaande als volgt samen. Artikel 37 lid 3 Wna laat de dwingende bewijskracht niet afhangen van de mede ondertekening. Het bepaalt 'slechts' het rechtsgevolg van het mede ondertekenen van de akte door het object van waarneming. Dit rechtsgevolg wijkt niet af van het wettelijk stelsel: de akte blijft een proces-verbaalakte. Het staat elk object van waarneming derhalve vrij om via het plaatsen van zijn handtekening bewijs tegen zichzelf te scheppen van de door hem aangegane verbintenissen (hetgeen – ook – dwingende bewijskracht oplevert in de zin van artikel 157 lid 2 Rv). In dit concrete geval is het bewijs reeds geleverd door het ambtelijke relaas van de notaris, waarbij de betrokkene – in de wetenschap dat de notaris aanwezig was om zijn waarnemingen vast te leggen in een authentieke akte met dwingende bewijskracht ex artikel 157 lid 1 Rv – verklaringen heeft afgelegd. Hiermee heeft de betrokkene willens en wetens het rechtsgevolg van de dwingende bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte (jegens een ieder) laten ontstaan. Door het mede ondertekenen berust de betrokkene in hetgeen in de akte is vermeld, en schept hij over de juistheid van het relaas van de notaris over de afgelegde verklaring expliciet bewijs tegen zichzelf (jegens de wederpartij ten behoeve van wie de verklaring is afgelegd). Alleen jegens de mede ondertekenaar heeft de akte het karakter van zowel proces-verbaal als partij-akte, hoewel de akte formeel een proces-verbaalakte is en blijft.

3.3.11 De relevantie van de materiële bewijskracht in relatie tot de executabiliteit

De Bruijn heeft de volgende beschouwing gemaakt en de brug als volgt geslagen tussen de bewijskracht en executabiliteit.[340]

> *"Gaarne neem ik aan, dat executoriale kracht en bewijskracht ten nauwste met elkaar verbonden zijn. De betrouwbaarheid der authentieke akte, haar onderstelde echtheid en de daarop gebaseerde bewijskracht hebben ongetwijfeld de wetgever bewogen tot het opstellen van de bepaling van artikel 436 Rv (thans 430 Rv).*
> *"Het doet er echter naar mijn oordeel niet toe hóe de akte de rechtsbetrekking tussen debiteur en crediteur bewijst. Het gaat er slechts om, dat ze die bewijst."*

340 De Bruijn 1960, p. 35-35.

Hidma wijst op de materiële bewijskracht van de ambtenaarsverklaring: de juistheid van de ambtsedig opgemaakte verklaring van de notaris staat behoudens tegenbewijs ten aanzien van een ieder vast. Deze bewijskracht heeft betrekking op *alle* waarnemingen met een rechtsfeit-gehalte. Op grond van deze bewijskracht is Hidma, van oordeel dat, indien een notaris in een proces-verbaal van een veiling relateert dat X de hoogste bieder was en dat Y het geveilde goed voor dit bedrag aan hem gunde, (jegens een ieder) vaststaat dat tussen X en Y de bewuste koop tot stand is gekomen. Dit zo zijnde is ook de executoriale kracht – ondanks het ontbreken van de handtekening – verklaard.[341] Kraan heeft gewezen op de volgens hem in het handboek van Melis voorkomende lacune, te weten dat door de bewerkers van het handboek niet wordt duidelijk gemaakt *waarom* het niet-ondertekende proces-verbaal executoriale kracht tegen de wederpartij heeft. Dit klemt temeer, daar zij de materiële bewijskracht aan een niet ondertekende partijverklaring ontzeggen. Kraan betoogt aan de hand van twee uitspraken dat uit de overwegingen van de rechter blijkt dat hij de waarnemingen van de notaris op zichzelf voldoende acht om te concluderen tot de executabiliteit van de door die waarneming vastgestelde verplichtingen. Aan de betekenis van een eventuele ondertekening van het proces-verbaal of het ontbreken daarvan, wordt door de rechter geen woord gewijd. [342]

In § 3.4 zullen wij uitvoeriger ingaan op de executoriale kracht van de notariële akte.

3.4 DE EXECUTORIALE KRACHT VAN DE NOTARIËLE AKTE

In deze paragraaf bespreken wij de executoriale kracht van de notariële akte. Wij doen dat in zes subparagrafen. Allereerst bespreken wij in § 3.4.1 de wettelijke basis voor de executabiliteit van de notariële akte. Vervolgens behandelen wij in § 3.4.2 de gelijkstelling van de notariële akte met het rechterlijk vonnis. In § 3.4.3 behandelen wij het onderscheid tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte voor de executoriale kracht. In § 3.4.4 gaan wij in op vier voorwaarden voor de executabiliteit van de notariële akte. In § 3.4.5 behandelen wij de afgifte van de grosse en het bestaan van een verbintenis. In § 3.4.6 behandelen wij de afgifte van de grosse en de bepaalbaarheid van een verbintenis. In § 3.4.7 formuleren wij samenvattende sectieconclusies.

3.4.1 De wettelijke basis voor de executabiliteit van de notariële akte

Executie kan plaatsvinden krachtens een executoriale titel. Kraan definieert het begrip executie als volgt. [343]

> *"Executie is het verwerkelijken van rechten die in een rechterlijke uitspraak of in een andere executoriale titel zijn vastgesteld of erkend. Het is een taak van de staat waarmee de deurwaarder is belast.*
> *"De grondslag van de bevoegdheid tot executie is het in de titel neergelegde recht op verhaal, het recht*

341 Hidma 1987, p. 164 e.v.
342 De Bruijn/Kraan , p. 26.
343 De Bruijn/Kraan 2012, p. 21.

om de feitelijke toestand in overeenstemming te brengen met de rechtstoestand."

Artikel 430 Rv is het eerste artikel van het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met de titel: Van de gerechtelijke tenuitvoerlegging van vonnissen, beschikkingen en authentieke akten. Het artikel luidt als volgt.

> *"1. De grossen van in Nederland gewezen vonnissen, van beschikkingen van de Nederlandse rechter en van in Nederland verleden authentieke akten alsmede van andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken kunnen in geheel Nederland worden ten uitvoer gelegd.*
> *"2. Zij moeten aan het hoofd voeren de woorden: In naam van de Koning.*
> *"3. Zij kunnen niet worden ten uitvoer gelegd dan na betekening aan de partij tegen wie de executie zich zal richten."*

De meest voor de hand liggende executoriale titel is derhalve de grosse van een rechterlijk vonnis, maar er zijn er meer. De wet bepaalt dat ook de grosse van een notariële akte – zijnde een authentieke akte – ten uitvoer kan worden gelegd. Artikel 1 sub f Wna omschrijft de grosse als een in executoriale vorm uitgegeven afschrift of uittreksel van een notariële akte.

Rutgers wijst op de notariële kracht van de grosse van een notariële akte, als onderscheidend punt tussen een notariële en een onderhandse akte.[344]

3.4.2 De gelijkstelling van de notariële akte met het rechterlijk vonnis

Thans is het uitgangspunt dat (de grosse van) de notariële akte in artikel 430 Rv – blijkens de letterlijke tekst van het artikel – op één lijn wordt gesteld met (de grosse van) een vonnis van de publieke rechter voor de executabiliteit.[345] Enige nuancering kan worden toegevoegd, namelijk dat er een verschil is op het punt van gijzeling (of: lijfsdwang, zie daarvoor artikel 585 Rv), welk onderwerp buiten de kaders van ons onderzoek valt. Niettemin: de grosse van de notariële akte is in executoriale kracht in beginsel gelijk aan die van de grosse van een vonnis. [346]

Toch meldt Dijk dat in de jaren 1970 de gemoederen nogal werden verontrust door de Haagse huurkoopaffaires, en er een publicatie was geweest onder de titel "Ontruimen per notaris?". [347] Hierin werd meegedeeld dat verschillende deurwaarders hun medewerking aan een dergelijke ontruiming zonder rechterlijk vonnis weigerden. Ook meende hij te weten dat in Haarlem als algemeen standpunt gold, dat de deurwaarders zonder vonnis nimmer tot ontruiming zouden overgaan. Dijk meende te kunnen zeggen dat er een vaak voorkomende vermenging plaatsvond tussen geldend recht en wenselijk recht.

344 Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 135.
345 Melis/Waaijer 2012, p. 198; De Bruijn/Kraan 2012, p. 13 e.v.
346 Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 135.
347 Dijk 1978, p. 164.

Ook Dijk wijst, in navolging van Rutgers (zie § 3.4.1), op het verschil in werkingskracht tussen de onderhandse akte en de authentieke akte die nu eenmaal in ons rechtssysteem is neergelegd. Wil men hier verandering in brengen dan zal men de wet dienen te veranderen. [348]

> *"Nu meen ik er van uit te kunnen gaan dat de bezwaren tegen executeren op de grosse zich niet richten tegen gedwongen verkoop bij niet voldoen aan een geldlening of gelijksoortige overeenkomsten, maar speciaal tegen de mogelijkheid dat enige onroerend goed op deze wijze zonder tussenkomst van de rechter eventueel met behulp van de sterke arm zou kunnen worden ontruimd.*
> *"Hoewel ik (gelet op de in het geding zijnde problemen en speciaal gelet op het primaire levensbelang van het wonen) deze verschillende benaderingen wel begrijp, dien ik er toch op te wijzen dat er principieel gezien, de technische uitwerking (waarover hieronder meer) daargelaten, geen verschil bestaat tussen executoriaal beslag gevolgd door executie van bepaalde goederen van de debiteur, op grond van de grosse van de notariële akte van geldlening en de ontruiming van een pand op grond van een grosse.*
> *"In beide gevallen wordt aan het recht voldaan en krijgt de crediteur zijn recht zonder tussenkomst van de rechter."*

Dijk vraagt zich vervolgens af waarom in het ene geval wel en in het andere geval geen bezwaar wordt gemaakt. Hij zegt hierover: [349]

> *"Omdat men de ontruiming van een huis als een erger ingrijpen in de levensomstandigheden van iemand beschouwt, dan bijvoorbeeld de verkoop van aan iemand toebehorende goederen en omdat men op grond van de ernst van die ingreep liever een rechterlijk vonnis achter zich wil hebben. Maar men beseffe dan wel dat dit in zekere zin de eerste stap op een hellend vlak is.*
> *"Want als een deurwaarder ontruiming op grond van een grosse weigert en deze weigering als juist en in overeenstemming met ons geldend recht wordt ervaren, wie zal dan deze deurwaarder kwalijk nemen indien hij een executoriale verkoop op grond van een grosse weigert, omdat hij vindt dat ook daar de rechter maar eerst zijn oordeel moet geven."*

Wij scharen ons principieel achter de opmerkingen van Dijk. Hij maakte deze overigens over de traditionele toepassing van de notariële akte, derhalve buiten elke vorm van rechtspraak. Op grond van de huidige tekst van artikel 430 Rv wordt geen onderscheid gemaakt tussen de grosse van een authentieke akte en de grosse van een rechterlijk vonnis; beiden kwalificeren als executoriale titel.

Jongbloed vermeldt dat de mogelijkheid om een authentieke akte rechtstreeks te executeren zonder dat een voorafgaand vonnis nodig is, het rechtsverkeer in belangrijke mate vereenvoudigt. [350]

348 Dijk 1978, p. 165.
349 Dijk 1978, p. 165.
350 Jongbloed 1987, p. 150.

"Daarmee is tevens een grote macht toegekend aan de bezitter van de grosse. Bij vonnissen is het de rechter die de vordering onderzoekt nadat beide partijen hun opvattingen kenbaar gemaakte kunnen hebben en omschrijft de rechter zo nauwkeurig mogelijk wat voor executie vatbaar is. Bij akten ontbreekt dit vooronderzoek en dikwijls ook de scherpte van de formulering. Het verschil in de formulering heeft direct te maken met een ander onderscheid tussen vonnis en akte. Het vonnis komt tot stand als partijen al verschil van mening hebben, zij in een rechtsstrijd gewikkeld zijn en de rechter zijn oordeel voor het geval in concreto, rekening houdend met alle feiten en omstandigheden die zich voorgedaan hebben, kan geven.

"De akte wordt al opgemaakt als partijen nog in harmonie met elkaar omgaan en men geen rekening houdt (of wil houden) met verschillen van inzicht, wanpretstatie, etc. Tussen de dag waarop de akte opgemaakt werd en de dag waarop de akte als het beslissende element in de strijd wordt geworpen, kunnen jaren verstrijken. De notaris zal in de akte daarom veel meer in abstracto moeten formuleren, zonder zich daarbij rekening te kunnen houden met alle feiten en omstandigheden die zich nog zouden kunnen voordoen. Dat is ook de reden dat Eggens meent dat beide niet gelijk kunnen staan."

De slotbeschouwingen van Jongbloed en het voorbehoud van Eggens moeten worden begrepen binnen de klassieke context van de partij-akte, waarbij degene die een notariële akte tekent geacht wordt bij voorbaat een vonnis tegen zichzelf te verschaffen. Het 'bij voorbaat' kan zich uitstrekken over een periode van maanden of jaren. In dit artikel werd nog geen rekening gehouden met de toepassing van een proces-verbaalakte binnen private rechtspraak. Jongbloed noemt het vorenstaande om de nauwe banden tussen vonnissen en akten nader te duiden. [351] In plaats van een 'vonnis' tegen zichzelf te scheppen, zou een andere benadering kunnen zijn dat hij die een notariële akte ondertekent, daarmee een executoriale titel tegen zichzelf schept.[352] Deze omschrijving sluit nauwer aan bij de huidige tekst van artikel 430 Rv.

Wat uit de vorengaande passages blijkt is dat de executoriale kracht van de grosse van de notariële akte naast de grosse van het rechterlijk vonnis wettelijk is verankerd en maatschappelijk is geaccepteerd. Ook Jongbloed bevestigt dit:

"Dat een geldsom geïncasseerd kan worden, wordt door niemand betwist. Het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (oud) geeft in de artt. 439 e.v. daarvoor uitgebreid de middelen aan. Aangezien dit verhaalsexecutie betreft en geen reële executie in de door ons bedoelde zin besteden wij hier verder geen aandacht aan."

Op grond van het vorenstaande vatten wij de weerstand in de praktijk tegen executie op grond van de grosse van een notariële akte (zonder tussenkomst van de rechter) aldus samen, dat deze wordt gevoed door de omstandigheden van het geval, zoals (i) de zwaarte van de executie; ontruiming van een woning (reële executie) versus de inning van een bescheiden geldsom (verhaalsexecutie),

351 Jongbloed 1987, p. 150; HR 3 mei 1985, NJ 1986, 323.

352 Den Tonkelaar 1981, p. 141.

(ii) het verstrijken van een lange periode tussen het verlijden van de akte en de executie op grond van de grosse ervan en (iii) een vage omschrijving van de rechtsbetrekking en/of de verbintenissen.

Wanneer wij de omstandigheden van het geval betrekken op ons onderzoek, dan zien wij dat de voeding voor de weerstand hier niet of nauwelijks van toepassing zijn: ons onderzoek heeft uitsluitend betrekking op de verhaalsexecutie, de inning van een beperkte geldsom (zie i); op grond van een nieuwe toepassing van de notariële proces-verbaalakte wordt de akte verleden ná het doorlopen van een (private) rechtsgang, direct gevolgd door executie (zie ii), en de bindend adviseur of de arbiter geeft een nauwkeurige omschrijving van de rechtsbetrekking en de verbintenissen ter beëindiging van een gerezen geschil (zie iii).

3.4.3 De grosse van de proces-verbaalakte als grondslag voor executie

Dijk gaat in zijn artikel vervolgens in op de juridisch technische kant van de executie en concludeert dat de koper op de veiling die eigenaar is geworden, de vorige eigenaar kan dwingen tot ontruiming op basis van de grosse van de proces-verbaalakte van de veiling. Voorwaarde is volgens hem dan wel dat de hypotheekakte van de vorige eigenaar een beding bevat dat hij het huis dient te ontruimen. [353]

> *"Wij onderscheiden hier twee gevallen. In het eerste geval wordt het huis verkocht op grond van het beding van artikel 1223 lid 2 BW (oud) en wel in het geval dat de eigenaar van het huis (debiteur van de hypothecaire geldlening) het huis zelf bewoont. In dat geval zal de koper op de veiling, omdat hij door de overschrijving van het proces verbaal van veiling eigenaar is geworden, de vorige eigenaar (debiteur van de hypotheek) tot ontruiming kunnen dwingen. Die vorige eigenaar bewoont na de eigendomsovergang het huis toch zonder enig recht of titel.*
> *"Als nu de vorige eigenaar (debiteur van de hypotheek) weigert, zal, indien in de hypotheekakte de bepaling is opgenomen dat de hypothecaire debiteur verplicht is om het verbonden huis in aanvaarding door de nieuwe eigenaar te ontruimen, deze voor die ontruiming geen nieuwe procedure behoeven aan te spannen, teneinde voor die ontruiming een titel te verkrijgen. Aangenomen mag worden dat het proces verbaal van toewijzing hier de vereiste titel verschaft. Vergelijk ten deze prof. mr. P. Stein, serie recht en praktijk, deel 7A "Zekerheidsrechten: blz. 153 en volgende. Mogelijker ligt het indien het betreffende perceel niet door de vorige eigenaar (debiteur van de hypotheek) wordt bewoond, maar door een derde op grond van een huurovereenkomst."*

In 1980 oordeelde de President van de Arnhemse rechtbank echter dat ontruiming plaats kon vinden op de enkele grond van de grosse van de notariële proces-verbaalakte van veiling, ongeacht de vraag of de veilingvoorwaarden dwongen tot ontruiming. De President overwoog als volgt blijkens het door Den Tonkelaar aangehaalde citaat:[354]

353 Dijk 1978, p. 166.

354 Pres. Rechtbank Arnhem 30 september 1980, *Praktijkgids* 1981, 142-144.

"Bij de behandeling van de zaak is het navolgende als enerzijds gesteld en anderzijds niet weersproken komen vast te staan. Gedaagde bewoont het litigieuze pand sedert de veiling nog steeds samen met zijn vriendin en nog een vriend. Hij geeft niet te kennen het huis vrijwillig aan eisers vrij ter beschikking te stellen. Eisers wensen thans tot verkoop van het pand in onbewoonde staat over te gaan.

"Gedaagde is gehouden tot feitelijke levering aan eisers. Eisers hebben in het geding gebracht: een exemplaar van de algemene voorwaarden van geldlening en hypotheekstelling van de eerste hypotheekhouder, zoals deze van toepassing waren op het hypotheekrecht met betrekking tot het litigieuze pand, en de eerste grosse van de processen-verbaal van de inzet en toeslag van de gehouden veiling ex artikel 1223 lid 2 BW.

"De veilingcondities, vermeld in de overgelegde veilingakte, houden onder meer in dat gedaagde, conform het bepaalde in artikel 20 lid 3 van voormelde algemene voorwaarden, verplicht is op de dag van aanvaarding te hebben ontruimd en dat de koper, indien zulks niet is geschied, gerechtigd is uit kracht van de grosse tot ontruiming te doen overgaan.

"De verplichting van gedaagde om aan eisers het bezit te verschaffen houdt in dat hen het onroerend goed geheel ontruimd ter beschikking zal worden gesteld. Die verplichting omvat dus mede de ontruiming door degenen die met toestemming of door toedoen dan wel -laten van gedaagde zich in het pand bevinden.

"Er is in casus geen sprake van verhuur van het pand als zelfstandige woonruimte aan een derde.

"In de thans gehuldigde executieleer moet worden aangenomen dat eisers het recht van parate executie hebben. Zij kunnen zelfs zonder het opnemen van voormelde clausule in de veilingcondities, krachtens de executoriale titel, die wordt belichaamd door de authentieke akte van de processen-verbaal van veiling ex artikel 1223 lid 2 BW, gedaagde met zijn medebewoners dwingen tot ontruiming van het geveilde.

"Nog afgezien van de spoedeisendheid, die door gedaagde is betwiste, impliceert het voorgaande dat eisers bij de thans gevraagde voorziening in de bestaande situatie geen belang hebben. Zij beschikking immers reeds over een volledig toereikend te achten titel, op grond waarvan zij zich het bezit kunnen verschaffen. Wij moeten mitsdien de verlangde tussenkomst weigeren, met veroordeling van eisers in de gedingkosten"

Wij menen dat dit een zuivere benadering is. Zo niet Pleysier die voor executie op grond van een notariële akte uitgaat van een partij-akte waarin een schuldenaar een executoriale titel tegen zichzelf schept, waar hij stelt: [355] *"In de uitspraak van de President te Arnhem van 30 september 1980, besproken door Den Tonkelaar, werd de grosse van de veilingakte als executoriale titel gezien en daarom een vonnis overbodig geacht. Dit lijkt mij niet juist: bij die akte heeft de schuldenaar niets beloofd. Den Tonkelaar ziet er geen bezwaar in."*

Rodenburg die zich eveneens achter het vonnis schaart, wijst er in reactie op dat de casus niet zag op parate executie, maar op reële executie op grond van een executoriale titel (in casu op

355 Pleysier 1986, p. 25 (voetnoot 32).

grond van de grosse van de proces-verbaalakte).[356] Immers, het ging in de voorgelegde casus *niet* om het verkrijgen van de verschuldigde prestatie tot juridische levering (de koper was namelijk al eigenaar geworden door overschrijving van het proces-verbaal van toewijzing), maar om het verkrijgen van de feitelijke toegang tot het pand in overeenstemming met de rechtstoestand (de eigendom van de koper op de veiling). Rodenburg verduidelijkt dat Den Tonkelaar de executie zonder rechterlijke tussenkomst zonder meer als parate executie had beschouwd, maar Rodenburg merkt op dat parate executie nu juist *zonder* executoriale titel geschiedt. Echter, 'toch terecht en in weerwil van deze onjuiste opvatting' trekt Den Tonkelaar volgens Rodenburg vervolgens de juiste conclusie dat het de heersende leer is dat de koper de weigerachtige hypotheekgever er op de grosse van de veilingakte uit kan zetten. "*En zo is het: een geheel eigenmachtige aan de executoriale koper toekomende bevoegdheid tot executie zonder grosse van de notariële veilingakte kent ons recht niet. Dus ook in de onderhavige casus: geen parate executie.*"

Pleysier noemt ook de uitspraak van de President te Groningen in kort geding van 1 december 1983 onjuist. [357] "*Daar probeerde men 'de bewoners' eruit te krijgen met behulp van de grosse van de veilingsakte. De President was het daarmee eens.*"[358] Pleysier miskent onzes inziens echter telkenmale dat de schuldenaar al wordt geconfronteerd met de rechtsgevolgen van niet-nakoming, te weten de gevolgen van een openbare verkoop door de hypotheekhouder, waarbij uit de proces-verbaalakte blijkt wie de nieuwe eigenaar is geworden, en welke gevolgen de schuldenaar krachtens de wet moet ondergaan. Het is om die reden dat hij niet opnieuw deze verbintenissen vrijwillig op zich behoeft te nemen via een partijverklaring in een notariële (partij-)akte.

Jongbloed maakt wel een duidelijk onderscheid in het karakter tussen enerzijds partij-akten en anderzijds proces-verbaalakten, zonder dat dit afdoet aan de executoriale kracht, wat hij als volgt omschrijft: [359]

> *"Het onderscheid tussen beide soorten akten blijkt in art. 31 Notariswet. In tegenstelling namelijk tot de partijakten kan bij de proces-verbaalakten de ondertekening van (een of meer) comparanten ontbreken als deze weigeren te tekenen of zich voor het sluiten der akte verwijderd hebben. Het onderscheid is als volgt te verklaren. De partijakte kan slechts tot stand komen via het afleggen van schriftelijke verklaringen of het surrogaat van art. 30 Notariswet, waarbij de ondertekening een essentieel onderdeel is. Proces-verbaalakten echter worden ondertekend omdat partijen hun instemming met hetgeen de notaris in de akte verklaard heeft tonen; deze ondertekening is niet een essentieel onderdeel. Alleen daarop slaat het onderscheid, want hoe de akte de rechtsbetrekking tussen beide partijen bewijst is irrelevant; het voornaamste is dat dit bewezen wordt, want geen der beide artikelen 436 Rv. en 43 Notariswet geeft aanleiding gevolgen aan dit onderscheid te verbinden bij het toekennen van executoriale kracht aan de authentieke akte en haar grossen."*

356 Rodenburg 1981, p. 366. Voor een overzicht van verschillende soorten executie zie Snijders, Klaassen, Meijer 2011, p. 469-475.
357 Pres. Rechtbank Groningen 1 december 1983, *WPNR* 5712 (1984), p. 575-577.
358 Pleysier 1986, p. 25 (voetnoot 32).
359 Jongbloed 1987, p. 146-147.

Ten slotte vermelden wij, hoewel dit niet de kern van ons betoog raakt, dat het vonnis van de President van de Rechtbank d.d. 30 september 1980 in zoverre opmerkelijk is, dat de vordering van eisers wordt afgewezen bij gebreke van een belang. Kraan daarentegen betoogt dat artikel 430 Rv de schuldeiser niet dwingt om gebruik te maken van de grosse van de notariële akte om zijn aanspraken te realiseren. Het meent dat het de schuldeiser vrijstaat om, ook al is hij in het bezit van die grosse, de gewone weg te bewandelen en zijn schuldenaar te dagvaarden om een veroordelend vonnis te diens laste te verkrijgen. [360]

De President van de Arnhemse rechtbank meende in dit geval echter dat er geen belang was bij een (tweede) titel door een vonnis in kort geding. Kraan merkt overigens op dat het belang van de schuldeiser bij het bewandelen van de gewone weg kan zijn gelegen in de mogelijkheid dat een executiegeschil wordt verwacht, of omdat de schuldeiser met een vonnis executie bij lijfsdwang wil verkrijgen. De crediteur die al in het bezit is van een executoriale titel in de vorm van de grosse van een notariële akte, doet er niettemin verstandig aan om zijn belang bij het vonnis expliciet te vermelden.

3.4.4 Vier wettelijke voorwaarden voor de executabiliteit van de notariële akte

Kraan merkt op dat op grond van de tekst van artikel 430 Rv aan vier voorwaarden moet zijn voldaan, wil executie op grond van een notariële akte mogelijk zijn.[361] Ten eerste moet de akte authentiek zijn. Een gebrek in de naleving van essentiële voorschriften door de notaris, ziet volgens Kraan op voorschriften die op straffe van verlies van authenticiteit zijn voorgeschreven. Dit brengt mee dat de akte authenticiteit mist en niet voor tenuitvoerlegging vatbaar is.[362] Ten tweede moet de akte in Nederland zijn verleden. Ten derde moet een grosse zijn uitgereikt. Ten vierde moet de grosse zijn betekend aan de partij tegen wie de executie zich richt. Er is consensus over de vier voorwaarden in de literatuur.[363]

3.4.5 De afgifte van de grosse en het bestaan van een verbintenis

Een grosse is een in executoriale vorm uitgegeven afschrift of uittreksel van een notariële akte (artikel 1 lid 1 sub g Wna). Het is een afschrift (of uittreksel) dat aan bijzondere vormvereisten voldoet. Aan het hoofd staat “In naam van de Koning”[364] en onderaan staat: “Uitgegeven voor

360 Kraan 2012, p. 28; HR 5 februari 1925, *NJ* 1925, p. 440.

361 De Bruijn/Kraan 2012, p. 13 e.v.

362 HR 24 januari 1997, *NJ* 1998, 204; Melis/ Waaijer 2012, p. 90; De Bruijn/Kraan 2012, p. 15.

363 Melis/Waaijer 2012, p. 198; Snijders, Klaassen, Meijer 2011, p. 464, 507-508.

364 Tot 30 april 2013 luidde de vermelding “In naam der Koningin”. Deze vermelding werd gewijzigd in “In naam des Konings” na de troonsbestijging door koning Willem-Alexander (Wet van 26 november 2014 tot herstel van wetstechnische gebreken en leemten alsmede aanbrenging van andere wijzigingen van ondergeschikte aard in diverse wetsbepalingen op het terrein van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, alsmede in de Wet op de dierproeven tot herstel van een abuis (Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013), artikel IIB, Staatsblad 2014/540). Per 1 juli 2015 is deze tekst vervangen door “In naam van de Koning” met een besluit dat wijziging aanbracht in voorschriften met betrekking tot de aanhef van dwangbevelen, grossen, vonnissen en andere documenten die een executoriale titel verschaffen. Deze onderdelen hadden volgens minister A.G. van der Steur tot doel de archaïsche aanhef “In naam des Konings” of in “In naam der Koningin” die voor de desbetreffende documenten is voorgeschreven, te wijzigen in een hedendaags equivalent (“In naam van de Koning”), Besluit van 19 juni 2015 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van enige nog niet in werking gestelde artikelen van de Verzamelwet Veiligheid en Justitie

eerste grosse".[365] Kraan behandelt de vraag van welke aktesoort een grosse kan worden afgegeven. Hij stelt vast dat de notaris van alle tot zijn protocol behorende akten, dus ongeacht of deze partij-akten of proces-verbaalakten zijn, een grosse kan afgeven, maar dat dit niet betekent dat al die akten executeerbaar zijn. Voor executabiliteit is wel vereist dat de akte voor executie vatbare verplichtingen ten laste van de ene persoon en voor tenuitvoerlegging vatbare aanspraken ten behoeve van een andere persoon bevat.

Met Kraan menen wij dat voor een akte waarmee niets te executeren valt, geen grosse mag worden afgegeven. Kraan voert hiervoor twee redenen aan. De eerste is dat de partij die in een dergelijk geval om de grosse verzoekt hierbij geen belang heeft. Ten tweede wekt het woord "grosse" op een stuk waarmee niets te executeren valt verwarring. De notaris dient dan met een beroep op artikel 21 lid 2 Wna die afgifte te weigeren.[366] Wij sluiten ons aan bij de bevindingen van Kraan.
In dezelfde zin oordeelde de Rechtbank Amsterdam onder de oude wetgeving:

> *"dat immers uit artikel 1 eerste lid en artikel 43 eerste lid Wn volgt, dat grossen kunnen worden afgegeven van alle door een notaris verleden authentieke akten, zonder dat bij die of bij andere artikelen, voor zover de uitgifte van volledige grossen betreft, tussen de beide categorieën van akten onderscheid wordt gemaakt; dat voor zodanig onderscheid ook geen grond zou bestaan, vooreerst omdat wat de wetgever ertoe heeft gebracht bepaalde akten in zeker opzicht met een vonnis gelijk te stellen en daarom haar uitgifte in executoriale vorm toe te staan, is de bijzondere geloofwaardigheid, die ze aan haar authentieke karakter ontlenen en die geloofwaardigheid niet minder is, indien een notaris eigen verrichtingen en waarnemingen (artikel 31 Wn) dan indien hij de verklaringen van verschenen partijen (artikel 30 Wn) relateert."*[367]

Rutgers vermeldt nadrukkelijk dat de grosse van de notariële proces-verbaalakte ondanks het ontbreken van partijverklaringen, een executoriale titel kan opleveren, te weten in het geval dat een verplichting ook door een notaris kan worden vastgesteld.[368]

Over de executoriale kracht is in de parlementaire behandeling van 1997 bij artikel 37 lid Wna verwarring ontstaan, omdat deze zo nauw is verbonden met de materiële bewijskracht. De staatssecretaris erkent in tweede instantie weliswaar, dat in een proces-verbaalakte opgenomen partijverklaringen verplicht volledig worden bewezen, maar vermeldt vervolgens, dat de partij met de akte de rechter zal (moeten) overtuigen van de juistheid van de inhoud van de ambtelijke getuigenverklaring.

> *"Ook de bewerkers van de zesde druk [van het handboek van Melis] wijzen erop dat wie een*

2013, Staatsblad 2015, 247).

365 Huijgen en Pleysier 2001, p. 7.

366 De Bruijn/Kraan 2012, p. 42.

367 Rb Amsterdam 6 mei 1927, *NJ* 1928.

368 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, nr. 61.

ander niet tot ondertekening heeft kunnen bewegen, met de proces-verbaalakte niet meer dan een getuigenverklaring heeft, al zal hij de rechter meestal kunnen overtuigen dat die ander verklaard heeft zoals in die akte staat te lezen."[369]

Wij merken hierover op dat in § 3.3.3 de onjuistheid van dit onderdeel van het betoog van de toenmalige staatssecretaris is behandeld. Daar is vastgesteld dat Lubbers juist wel concludeerde dat het proces-verbaal waarin de notaris heeft geconstateerd dat een persoon een verklaring aflegt dwingende bewijskracht heeft, al is het geen partijverklaring omdat de ondertekening van die partij ontbreekt.[370] De consequentie is immers, dat de grosse van deze authentieke akte jegens die persoon een executoriale titel oplevert. Voorts merken wij nogmaals op dat de bewerkers van het handboek van Melis wel degelijk uitgingen van de dwingende kracht van de ambtelijke getuigenverklaring van de biedingen ter veiling en dat de akte daarom een authentieke akte met dwingende materiële bewijskracht was, waarvan de grosse een executoriale titel oplevert. Dit is eveneens in de literatuur als zodanig aanvaard.[371] Daarmee is de executoriale kracht aanvaard. De staatssecretaris ging er voorts aan voorbij dat de rechter aan de inhoud van de akte op grond van de dwingende bewijskracht gebonden is, behoudens tegenbewijs (artikel 151 lid 1 Rv). Daardoor is de rechtsgang in beginsel even omslachtig als overbodig.[372]

Voorts is het van belang op te merken dat de grosse van de notariële akte is erkend als titel voor executie binnen Europa ex artikel 58 van de Brussel I *bis*-Verordening.[373] Dit artikel luidt als volgt.

> *"Authentieke akten, verleden en uitvoerbaar in een lidstaat, worden op verzoek, overeenkomstig de in artikel 38 en volgende bedoelde procedure, in een andere lidstaat uitvoerbaar verklaard. De verklaring van uitvoerbaarheid wordt door het gerecht dat oordeelt over een rechtsmiddel, bedoeld in de artikelen 43 en 44, slechts geweigerd of ingetrokken indien de tenuitvoerlegging van de authentieke akte kennelijk strijdig is met de openbare orde van de aangezochte lidstaat."*

De conclusie is dat de wet geen onderscheid maakt tussen de executoriale kracht van de grosse van de partij-akte en de proces-verbaalakte. De grosse kan derhalve van beide aktesoorten worden afgegeven, mits er voor ten uitvoerlegging vatbare verplichtingen in de akte zijn omschreven. Het is voor de notaris daarom van groot belang dat hij bij het opmaken van de akte nauwkeurig de verplichtingen omschrijft en deze relateert aan de betrokkene in kwestie. De meest voorkomende situatie is de partij-akte, waarbij de notaris het bestaan van de verbintenissen vaststelt, doordat de betrokkenen in zijn aanwezigheid partijverklaringen afleggen, waarbij zij vrijwillig verbintenissen

369 *Kamerstukken II* 1997/98, 23 706, nr. 16, p. 39.

370 Melis/Dijk e.a. 1982.

371 Hidma 1987, p. 165.

372 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, nr. 61.

373 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europese Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), zoals laatstelijk gewijzigd op 26 november 2014 (Pb EU 2015, L 54).

op zich nemen. Een andere situatie is dat de notaris (bijvoorbeeld bij een veiling) waarneemt dat partijen door hun verklaringen vrijwillig verbintenissen op zich nemen (zie § 3.3).

3.4.6 De afgifte van de grosse en de bepaalbaarheid van een verbintenis

Verplichtingen tot betaling van een geldsom zijn in ieder geval op basis van de grosse van een notariële akte zonder rechterlijke tussenkomst te executeren (verhaalsexecutie). Dit is onomstreden (zie § 3.4.2 en 3.4.3). Door de opname van het verschuldigde geldbedrag in de akte is de verbintenis bepaalbaar.
Het is mogelijk dat de verbintenis een reeds bekend en in cijfers uitgedrukt bedrag betreft of een in woorden omschreven toekomstige vordering. Blijkens het arrest Rabobank/Visser moet volgens de Hoge Raad het gaan om (i) op het moment van het passeren van de akte bestaande en in die akte neergelegde vorderingen, dan wel (ii) om toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een ten tijde van het verlijden al bestaande en in die akte neergelegde rechtsverhouding.[374]

Het arrest van de Hoge Raad wordt in §3.5 verder besproken vanwege het belang ervan voor het onderzoek.

3.4.7 Samenvattende sectieconclusies

Wij concluderen dat eenvoudige verhaalsexecutie over beperkte hoofdsommen kan plaatsvinden op grond van de grosse van de notariële proces-verbaalakte als executoriale titel, mits de vordering bepaalbaar is. Dit geldt ook in de nieuwe toepassing van het onderzoek, waarbij wel tussenkomst plaatsvindt van de rechtspraak, maar dan in de vorm van private rechtspraak. Het bestaan en de bepaalbaarheid van de verbintenissen is essentieel. Voor executabiliteit is vereist dat de akte voor executie vatbare verplichtingen ten laste van de ene persoon en voor tenuitvoerlegging vatbare aanspraken ten behoeve van een andere persoon bevat. De notaris mag geen grosse uitgeven indien hiervan geen sprake is.

3.5 HET ARREST RABOBANK/VISSER

In § 3.5.1 behandelen wij het arrest Rabobank/Visser. In § 3.5.2 gaan wij in op de gevolgen van het arrest voor de praktijk. In § 3.5.3 behandelen wij het arrest in relatie tot de proces-verbaalakte bij private rechtspraak. In § 3.5.4 formuleren wij samenvattende sectieconclusies.

3.5.1 De casus van het arrest Rabobank/Visser

In de zaak Rabobank/Visser was in geschil of de grosse van de notariële akte een executoriale titel oplevert als bedoeld in artikel 436 (oud) Rv (thans artikel 430 lid 1 Rv). In het betreffende geval was een zogenaamde bankhypotheek overeengekomen, waarbij de akte ter zake van de vordering waarvoor het recht van hypotheek was gevestigd een formulering van algemene strekking bevatte,

374 HR 26 juni 1992, *NJ* 1993, 449 (*Rabobank/Visser*); Melis/Waaijer 2012, p. 202-204; Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 135.

te weten voor "*de betaling van al hetgeen de bank blijkens haar administratie van (…)(Visser) te vorderen heeft of mocht hebben, uit hoofde van verstrekte en/of alsnog te verstrekken geldleningen, verleende en/of alsnog te verlenen kredieten in rekening-courant, tegenwoordige en/of toekomstige borgstellingen, dan wel uit welken andere hoofde ook (…)*". Er was tevens een bepaling opgenomen die luidde: "*Ten aanzien van het door de debiteur aan de bank verschuldigde, zal de administratie van de bank, zoals blijkt uit een door de bank verstrekte opgave gelden als volledig bewijs behoudens tegenbewijs.*"

De omschrijving werd te algemeen geacht en daarom kon de akte alleen gebruikt worden om het onroerend goed waarop de hypotheek rustte uit te winnen en niet om alle andere vorderingen die in de akte vermeld worden (zoals de rekening-courantschuld bij de bank) uit te winnen. Het oordeel van de Hoge Raad in die zaak luidde, voor zover hier van belang, als volgt.

> *"Aan de grosse van een authentieke akte komt slechts executoriale kracht toe met betrekking tot op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven vorderingen alsmede met betrekking tot toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding.*
> *"In geval de akte wel betrekking heeft op één of meer vorderingen, die aan de in de vorige alinea bedoelde vereisten voldoen, maar niet de grootte van het verschuldigd bedrag vermeldt, is de grosse van de akte niettemin voor tenuitvoerlegging vatbaar, wanneer deze de weg aangeeft langs welke op voor de schuldenaar bindende wijze de grootte van het verschuldigd bedrag kan worden vastgesteld, behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs door de schuldenaar."*

Aangezien het arrest ziet op de executoriale kracht van de notariële akte, onderzoeken wij of aan het arrest Rabobank/Visser argumenten kunnen worden ontleend tegen de toepassing van de proces-verbaalakte als executoriale titel binnen private rechtspraak.[375]

3.5.2 De gevolgen van het arrest Rabobank/Visser voor de praktijk

De Hoge Raad heeft in het arrest twee situaties onderscheiden, te weten een hypotheekrecht gevestigd voor bestaande vorderingen, en een hypotheekrecht voor (absoluut) toekomstige vorderingen. In het eerste geval gaat het om een concrete, reeds bepaalde vordering waarvoor een recht van hypotheek werd verleend. Deze vordering bestond al ten tijde van het passeren van de hypotheekakte. In het tweede geval is sprake van (absoluut) toekomstige vorderingen. De gevolgen van het arrest betreffen vooral deze laatste categorie. De Hoge Raad aanvaardt voor absoluut toekomstige vorderingen de executabiliteit van een authentieke akte niet zonder meer. Executie is alleen toegestaan indien de akte in elk geval vermeldt (i) in welke rechtsverhouding de toekomstige vordering zijn onmiddellijke grondslag vindt, en (ii) duidelijk is langs welke weg de omvang van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld. Hiermee heeft de Hoge Raad een nadere omschrijving gegeven van de bepaalbaarheid van verbintenissen.

375 HR 26 juni 1992, *NJ* 1993, 449 (*Rabobank/Visser*).

3.5.3 Het arrest Rabobank/Visser en de proces-verbaalakte bij private rechtspraak

Hierna passen wij de kennis van het arrest Rabobank/Visser toe op de situatie bij een privaat gerecht. Vervolgens behandelen wij twee door Kraan aangehaalde bezwaren tegen de proces-verbaalakte, ontleend aan het arrest Rabobank/Visser.[376]

In de constructie van de vastlegging van een bindend advies (of een arbitraal vonnis) in een proces-verbaalakte doet zich de eerste door de Hoge Raad genoemde situatie voor. Vanaf het moment van de beslissing is sprake van een reeds bestaande en bepaalde vordering. De beslissing is gegeven om een gerezen conflict binnen een bestaande rechtsverhouding te beëindigen. Op het moment waarop de notaris de akte zal verlijden, is de nieuwe rechtstoestand waartoe partijen zich hadden verplicht, bekend. De vordering is als gevolg van de private uitspraak bepaald. Aan de tweede situatie die door de Hoge Raad werd geformuleerd (voor absoluut toekomstige vorderingen), komt men niet toe. Ernste heeft deze conclusie eveneens getrokken.[377]

Kraan noemt als bezwaar tegen het gebruik van de proces-verbaalakte, ontleend aan het arrest Rabobank/Visser, dat aan alle akten de eis wordt gesteld (i) dat in de akte de rechtsverhouding moet zijn neergelegd en (ii) dat partijen daaraan zelf medewerking moeten verlenen.[378] Wij zullen de door Kraan gestelde eisen hierna bespreken.

Ad (i). Bij private rechtspraak zal de rechtsverhouding tussen de partijen zijn neergelegd, doordat de akte – ofwel uitgebreid ofwel op hoofdlijnen – zal verwijzen naar het arbitrale vonnis of het bindend advies, waarin een beschrijving van de contractuele verhouding, de niet-nakoming en de uiteindelijke beslissing ter beëindiging van het geschil staan vermeld. Aan het eerste punt wordt hiermee voldaan. De Hoge Raad stelt de eis dat in de akte de rechtsverhouding moet zijn neergelegd, echter in een situatie van absoluut toekomstige vorderingen en niet voor de situatie van (door de private rechter) reeds bepaalde vorderingen. De Hoge Raad houdt de mogelijkheid in stand dat in de akte al bestaande vorderingen worden omschreven. Het ging in dit arrest immers om een verduidelijking c.q. nadere begrenzing van artikel 3:260 lid 1 BW, welk wetsartikel verplicht tot opname in een partij-akte van "*een aanduiding van de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, of van de feiten aan de hand waarvan die vordering zal kunnen worden bepaald.*"

Ad (ii). Kraan stelt dat bij de vaststellingsovereenkomst de partijen over en weer een verbintenis op zich nemen onder de voorwaarde, dat de bindend adviseur in die zin beslist. Hij merkt op:

> *"Een andere vraag is of, indien de vaststellingsovereenkomst waarbij de vaststelling wordt opgedragen aan e-Court wordt opgenomen in een notariële akte, de grosse van die akte na de vaststelling een executoriale titel oplevert ten aanzien van de uit de vaststelling voortvloeiende verbintenis. Op grond*

376 Kraan 2012, p. 229.

377 Ernste 2012a, p. 93.

378 Ernste 2012a, p. 93; Lekkerkerker 2012, p. 30.

van het arrest HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449 (Rabobank-Visser) dient deze vraag mijns inziens bevestigend te worden beantwoord, althans indien de vaststellingsovereenkomst en de gevolgen daarvan in de akte op de juiste wijze zijn geformuleerd. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat aan de grosse van een notariële akte executoriale kracht toekomt onder meer met betrekking tot 'toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte neergelegde rechtsverhouding', mits de akte de weg aangeeft langs welke voor de schuldenaar bindende weg de grootte van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld. Door het aangaan van de vaststellingsovereenkomst nemen partijen over en weer een verbintenis op zich onder de voorwaarde dat de derde in die zin beslist, een rechtsverhouding die in de akte wordt neergelegd. Mijns inziens wordt door een verwijzing in de akte naar de beslissing van e-Court, zoals die aan beide partijen zal worden medegedeeld, aan de eis dat de akte de weg aan geeft op welke voor de schuldenaar bindende wijze (de grootte van) het verschuldigde kan worden vastgesteld, voldaan."

Wij achten de partij-akte voor de vastlegging van de vaststellingsovereenkomst zoals door Kraan naar voren gebracht mogelijk (zie § 4.1.1). Wij zijn het eens met het betoog van Kraan dat in die benadering aan de eis van bepaalbaarheid is voldaan, nu de akte de weg aangeeft op welke voor de schuldenaar bindende wijze (de grootte van) het verschuldigde kan worden vastgesteld.

Rechtbank Gelderland oordeelde in 2014 over een geval waarin aan de bepaalbaarheid niet was voldaan.[379] Het betreft de volgende casus:

"X en Y c.s. zijn buren. Om een langlopend geschil over het gebruik van de onroerende zaken van X te beëindigen, hebben zij bij notariële akte een vaststellingsovereenkomst gesloten. Op grond daarvan is X per overtreding een boete van € 500 per dag aan Y c.s. verschuldigd. Omdat Y c.s. menen dat X een boete is verbeurd, hebben zij executoriaal beslag gelegd op de percelen van X. Thans is in een kortgedingprocedure in geschil of Y c.s. op grond van de grosse van de notariële akte bevoegd zijn om executiemaatregelen jegens X te treffen.

"Volgens de voorzieningenrechter kan de grosse van een notariële akte een executoriale titel opleveren indien de op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven vorderingen, alsmede eventuele toekomstige vorderingen, hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding. In geval de akte wel betrekking heeft op één of meer vorderingen die aan het hiervoor vermelde vereiste voldoen, maar de akte niet de grootte van het verschuldigde bedrag vermeldt, is de grosse van de akte niettemin voor tenuitvoerlegging vatbaar wanneer deze de weg aangeeft langs welke, op de voor de schuldenaar bindende wijze, de grootte van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld, behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs door de schuldenaar (vgl. HR 26 juni 1992, JBN 1992, nr 113).

"In casu vindt het eventuele verbeuren van een of meer boetes weliswaar zijn onmiddellijke grondslag in de op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven

379 Rb. Gelderland 21 januari 2014, nr C/05/254449 / KG ZA 13-635 (RBGEL:2014:1321)

rechtsverhouding tussen X en Y c.s., maar de onderhavige akte voldoet niet aan het vereiste met betrekking tot de bepaalbaarheid van de verschuldigde bedragen. In de akte is immers op geen enkele wijze geregeld op welke voor X bindende wijze te eniger tijd zal worden vastgesteld dat zij (een van) de met boetes bedreigde bepalingen heeft overtreden en dus een of meer boetes is verschuldigd. Gedacht kan daarbij bijvoorbeeld worden aan een bepaling waarin X ermee instemt dat de constateringen door Y c.s. en/of (een) derde(n) van overtreding van (een van) de met boetes bedreigde bepalingen uit de overeenkomst jegens haar zal gelden als volledig bewijs, behoudens tegenbewijs, en dat dit ook zal gelden met betrekking tot de omvang van de daaruit voor Y c.s. resulterende vorderingen. Nu dit niet in de akte is opgenomen, komt aan de grosse van deze akte geen executoriale kracht toe. "

Uit de onderhavige (notarieel verleden) vaststellingsakte was derhalve niet duidelijk op welke wijze de overtredingen zich hadden voorgedaan, en daarmee kon de omvang van de boete niet worden vastgesteld. Daarom bleek de grosse van deze partij-akte onvoldoende als executoriale titel. De rechtbank geeft evenwel een aantal oplossingsrichtingen aan, waarbij een gang naar de (publieke of private) rechter ex artikel 3:296 BW kan worden voorkómen, en aan de eis van bepaalbaarheid kon worden voldaan. De rechtbank noemt daarbij ook de variant waarbij buurman Y zelf kan vaststellen wanneer de overtredingen door buurman X plaats hebben (partij-executie op grond van een partij-beslissing, met uitsluiting van onafhankelijke derden).

De door Kraan beschreven benadering past in de situatie dat partijen ten overstaan van de notaris vrijwillig een keuze maken voor een privaat gerecht, en daarbij medewerking verlenen – en behoren te verlenen – door het mede ondertekenen van de akte. Dit neemt echter niet weg dat de wet voorziet in de mogelijkheid van een proces-verbaalakte, waarbij de medewerking – zoals de mede-ondertekening – van de 'objecten van waarneming' niet is vereist. Er is geen aanwijzing te veronderstellen dat de Hoge Raad met het arrest Rabobank/Visser een einde heeft willen maken aan de wettelijke bepaling van de proces-verbaalakte, gesteld dat hij dit zou kunnen.

3.5.4 Samenvattende sectieconclusies

Wij hebben in deze paragraaf onderzocht in hoeverre aan het arrest Rabobank/Visser argumenten kunnen worden ontleend tegen de toepassing van de proces-verbaalakte bij private rechtspraak.[380] Het arrest ziet op een hypotheekakte, waarbij de schuldenaar met het risico werd geconfronteerd dat hij levenslang onderworpen kon worden aan een executietraject, zonder voorafgaande rechterlijke toetsing, voor vorderingen uit heden, verleden en de toekomst op basis van elke denkbare rechtsgrond. De akte was als het ware een "*carte blanche*." Voor ons onderzoek gaat het niet om toekomstige vorderingen, maar om een geschil dat al is ontstaan en ter beëindiging waarvan de vorderingen over en weer zijn bepaald. Op het moment dat de notaris overgaat tot het vastleggen van het bindend advies, is mitsdien sprake van bestaande vorderingen. Deze vorderingen zijn bepaald in het bindend advies of het arbitrale vonnis. Wij menen dat de Hoge Raad met dit arrest geen einde heeft willen maken aan het gebruik van de proces-verbaalakte, die door de

380 HR 26 juni 1992, *NJ* 1993, 449 (*Rabobank/Visser*).

enkele ondertekening van de notaris authenticiteit heeft. De medewerking van de objecten van waarneming is in dat geval niet vereist.

3.6 VIJF RELEVANTE BEVINDINGEN UIT HOOFDSTUK 3

Van hoofdstuk 3 herhalen wij hieronder vijf voor ons onderzoek relevante bevindingen.

(1) De notaris heeft een algemene bevoegdheid om akten te passeren, mits een opdrachtgever dit van hem verlangt. De notaris dient daarbij te controleren of zich geen beperkingen aan zijn bevoegdheid voordoen.

(2) In de discussie over de dwingende bewijskracht van partijverklaringen in de notariële proces-verbaalakte, die niet wordt mede ondertekend door betrokkenen, is een fout geslopen. De fout is ontstaan door een *a-contrario* redenering over het mede ondertekenen die niet is terug te voeren op de tekst van artikel 37 lid 3 Wna. Kraan heeft de discussie in 2012 gezuiverd, en aan de hand van de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie aangetoond dat ook de proces-verbaalakte houdende partijverklaringen dwingende bewijskracht heeft, zoals dat ook het geval dient te zijn ex artikel 157 Rv. Aan het betoog van Kraan hebben wij vervolgens twee eigen argumenten toegevoegd.

(3) Wij hebben in het verlengde van Huijgen de vraag opgeworpen wat dan nog de waarde is van artikel 37 lid 3 Wna. Onze opvatting is dat de ondertekening dient te worden gezien als een daad van berusting. Hierdoor is het leveren van tegenbewijs verder bemoeilijkt, zoals al door Lubbers terecht werd opgemerkt maar door de toenmalige staatssecretaris in 1997 anders werd geïnterpreteerd.

(4) Wij hebben geconstateerd dat de bewijskracht en de executoriale kracht nauw met elkaar zijn verbonden, en dat de grosse van de notariële akte – ook van de notariële proces-verbaalakte – in artikel 430 Rv gelijkgesteld is aan de grosse van een vonnis van de overheidsrechter als titel voor executie. Een notaris mag echter geen grosse afgeven indien er geen voor tenuitvoerlegging vatbare verbintenissen zijn opgenomen in de akte.

(5) Voorts concludeerden wij dat het arrest Rabobank/Visser niet in de weg staat aan het gebruik van de proces-verbaalakte, die door de enkele ondertekening van de notaris authenticiteit heeft. De medewerking van de objecten van waarneming aan de akte is niet vereist, terwijl door de private rechter in de uitspraak de verbintenissen worden bepaald en aan de betrokkenen worden opgelegd. De akte dient duidelijk te maken langs welke weg de omvang van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld.

Deze interpretatie van het juridische kader zal worden toegepast in hoofdstuk 4 en volgende hoofdstukken, waarin de onderzoeksvragen zullen worden behandeld.